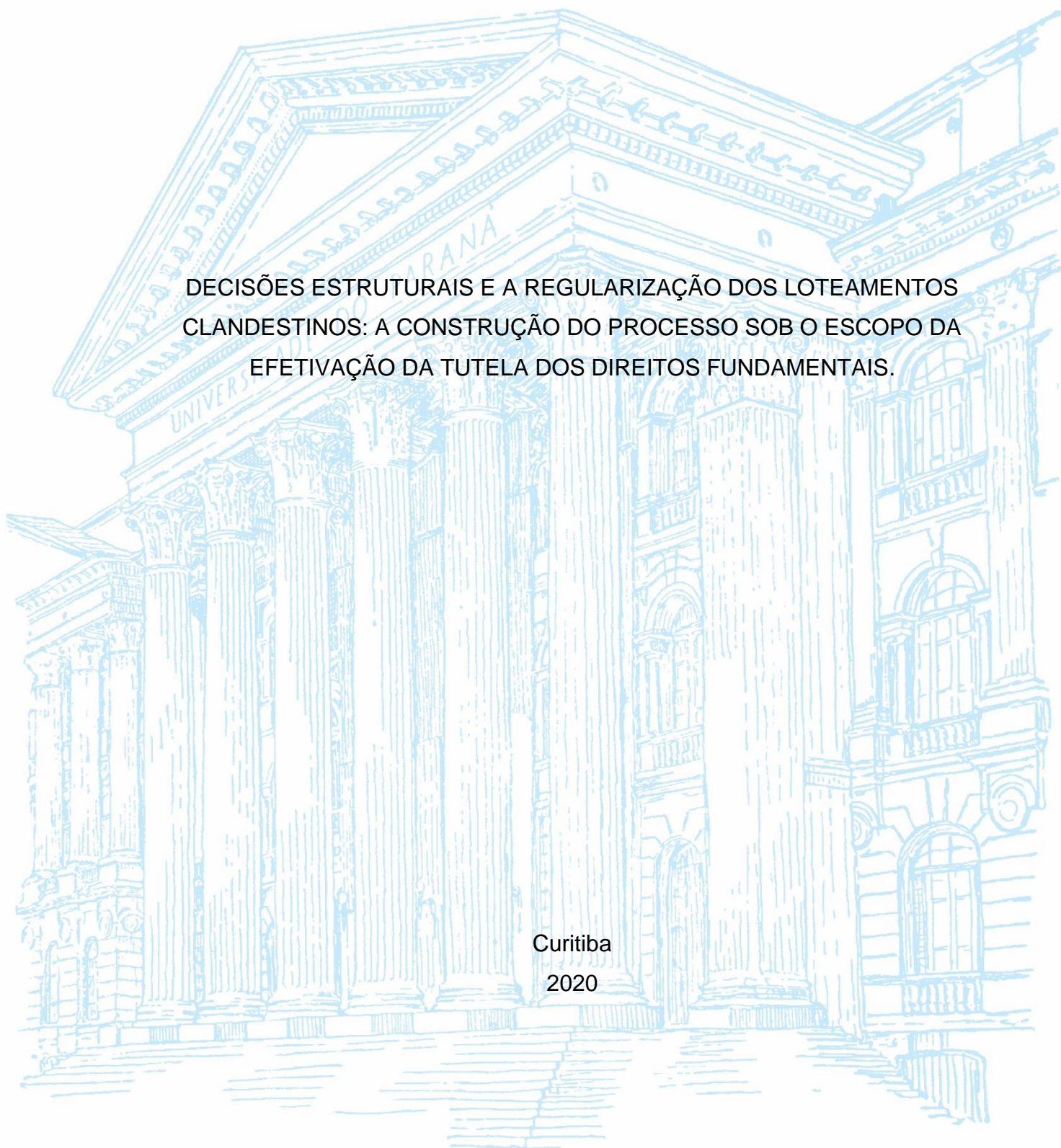


UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

REGIANE DOS SANTOS

DECISÕES ESTRUTURAIS E A REGULARIZAÇÃO DOS LOTEAMENTOS
CLANDESTINOS: A CONSTRUÇÃO DO PROCESSO SOB O ESCOPO DA
EFETIVAÇÃO DA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Curitiba
2020



REGIANE DOS SANTOS

DECISÕES ESTRUTURAIS E A REGULARIZAÇÃO DOS LOTEAMENTOS
CLANDESTINOS: A CONSTRUÇÃO DO PROCESSO SOB O ESCOPO DA
EFETIVAÇÃO DA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof(a). Dr(a). Vicente de Paula Ataíde Junior.

Curitiba

2020

TERMO DE APROVAÇÃO

Decisões estruturais e a regularização dos loteamentos clandestinos: a construção do processo sob o escopo da efetivação da tutela dos direitos fundamentais

REGIANE DOS SANTOS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Vicente de Paula Ataíde Junior
Orientador

Coorientador



Clayton Maranhão
1º Membro



Sandro Kozikoski
2º Membro

RESUMO

O presente trabalho anseia demonstrar como a aplicação das decisões estruturais pode viabilizar a tutela dos direitos fundamentais envolvidos nas sentenças que tem como objeto os imóveis edificados em loteamentos clandestinos. Buscar-se-á demonstrar que nas demandas cujo tema são estas edificações em situação clandestina, a aplicação do disposto no processo civil tradicional não se faz suficiente para que os preceitos constitucionais relacionados ao caso concreto sejam cumpridos, como era a intenção do Constituinte. Tal fato ocorre em razão de que, não apenas o Judiciário deve respeitar e tutelar o direito à moradia dos compradores, bem como, necessita observar os princípios basilares do sistema, como a dignidade da pessoa humana e os direitos de proteção ao meio ambiente, que de forma colateral, envolve a sociedade como um todo. Ações que abarcam a regularização de imóveis individuais ou moradores buscando a tutela coletiva para imóveis edificados em loteamentos clandestinos, são complexas. Dessa forma, em determinadas conjunturas, o Judiciário deverá trabalhar em síncrono com os demais poderes, para que assim possa atender aos anseios de quem requereu a tutela jurisdicional, considerando a complexidade que envolve a regularização dos loteamentos clandestinos. O direito à moradia deve ser tutelado tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção do meio ambiente, os quais compõem parte fundamental e estruturante da Constituição Pátria de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Processos estruturais. Princípio da dignidade humana. Loteamentos clandestinos. Direito a moradia. Tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos. Medidas estruturantes.

ABSTRACT

The present work aims to demonstrate how the application of structural decisions can enable the protection of fundamental rights involved in judgments that have as object the properties built in clandestine subdivisions. It will be sought to demonstrate that in the demands whose theme is these buildings in a clandestine situation, the application of the provisions in the traditional civil process is not sufficient for the constitutional precepts related to the specific case to be fulfilled, as was the intention of the Constituent. This fact occurs because, not only the Judiciary must respect and protect the buyers' right to housing, as well as, it needs to observe the basic principles of the system, such as the dignity of the human person and the rights to protect the environment, which collaterally, it involves society as a whole. Actions that include the regularization of individual properties or residents seeking collective protection for properties built in clandestine subdivisions are complex. Thus, in certain circumstances, the Judiciary must work in sync with the other powers, so that it can meet the wishes of those who have applied for judicial protection, considering the complexity involved in the regularization of clandestine subdivisions. The right to housing must be protected having as its guiding principle the dignity of the human person and the protection of the environment, which make up a fundamental and structuring part of the 1988 Constitution.

KEYWORDS: Structural decisions. Human dignity principle. Properties built in clandestine subdivisions. Right to Housing. Collective protection of homogeneous individual rights. Structuring measures.

SUMÁRIO

RESUMO	4
1. INTRODUÇÃO	7
2. A URBANIZAÇÃO NO BRASIL	9
2.1. PRINCIPAIS INSTRUMENTOS QUE REGEM A URBANIZAÇÃO	10
2.1.1. A Constituição Federal de 1988 e o Parcelamento do Solo	10
2.1.2. O Estatuto da Cidade	12
2.1.2.1. O Estatuto da Cidade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	12
2.1.2.2. O Estatuto da Cidade e a Gestão Democrática Municipal	13
2.1.3. A Lei do Parcelamento do Solo	15
2.1.3.1. O Loteamento e o Desmembramento	17
2.1.4. O Direito à Moradia	18
3. O LOTEAMENTO CLANDESTINO	21
3.1. LOTEAMENTO CLANDESTINO	21
3.2. EXPEDIENTES FRAUDULENTOS	25
3.2.1. Associação e Cooperativas Habitacionais	25
3.2.2. Falsos Condomínios	26
3.2.3. Parcerias entre Prefeituras e o Loteador	27
3.3. LOTEADOR IRREGULAR	28
3.4. LOTEAMENTO FECHADO	28
4. O PAPEL DO DIREITO NO PARCELAMENTO DO SOLO	31
4.1. O MINISTÉRIO PÚBLICO E O PARCELAMENTO DO SOLO	311
4.2. O JUDICIÁRIO E O PARCELAMENTO DO SOLO	355
5. AS MEDIDAS ESTRUTURANTES	38
5.1. ORIGEM DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES	388
5.2. AS MEDIDAS ESTRUTURANTES NO BRASIL	40
6. OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	44
6.1. A TUTELA COLETIVA DE INTERESSES INDIVIDUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	444
6.2. OS DIREITOS INDIVIDUAIS TUTELÁVEIS COLETIVAMENTE	456
6.3. A TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	477
6.4. O PROCESSO COLETIVO E AS CONSEQUÊNCIAS DA DECISÃO	499
6.5. PROCESSO COLETIVO E AS DECISÕES ESTRUTURAIS	511
7. DECISÕES ESTRUTURAIS E A REGULARIZAÇÃO DOS LOTEAMENTOS CLANDESTINOS: A CONSTRUÇÃO DO PROCESSO SOB O ESCOPO DA EFETIVAÇÃO DA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	54
8. CONCLUSÃO	577
REFERÊNCIAS	56

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente é importante destacar que o direito processual civil brasileiro foi criado para solucionar conflitos que exigem uma decisão simples seguindo uma lógica binária: ou a demanda é procedente ou é improcedente. A decisão resultante é fundamentada na escolha de uma das vertentes argumentativas apresentadas pelas partes durante o trâmite processual.

Esse reducionismo operado pelo sistema processual, não é adequado à resolução de conflitos complexos, sejam eles de direito privado ou de direito público. Não raramente, o conflito apresentado ao juiz está localizado em um contexto social que vai além da compreensão do processo civil tradicional.

Muitas vezes, visando prolatar uma decisão em demandas baseadas em situações complexas, o processo civil tradicional reduz o processo a sua lógica binária, dando a causa uma decisão simplificada, que muitas vezes acaba por ignorar vários elementos relevantes para a situação abordada.

No presente trabalho, utilizar-se-á uma das situações apresentadas ao Judiciário quando se trata do direito à moradia digna.

Ao resolver uma ação possessória, baseada na aquisição de um imóvel localizado em um loteamento clandestino sem registro individual, a decisão judicial muitas vezes é fundamentada no instituto da usucapião. Ao reconhecer o direito do pretense proprietário, a decisão judicial é prolatada como se a lide se resumisse ao pretense proprietário e não a todo um conjunto de pessoas.

O mesmo problema ocorre quando se deferem pedidos para a desocupação de áreas de preservação permanente. Em todos esses casos, o processo tende a fazer com que o juiz enxergue um conflito pontual quando, na verdade, o que está em discussão são as políticas públicas de moradia e a atuação do poder público na proteção ao meio ambiente.

Esses tipos de litígios necessitam ter a sua decisão construída sob o escopo do instituto das decisões estruturais, uma vez que envolvem valores sociais, envolvem interesses individuais homogêneos e a decisão resultante da demanda em questão têm aptidão para afetar a esfera jurídica de terceiros. Sua complexidade exige decisões que vão além da simples determinação de fazer ou não fazer, entregar coisa ou pagar quantia. A simples imposição de uma medida na sentença não

costuma ser solução adequada para esse tipo de conflito. Frequentemente, a resolução da causa exige “decisões que se orientam para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado”.¹

Tal perspectiva respalda-se na racionalidade social exposta nas considerações realizadas por meio deste instituto que se relaciona de forma direta com a construção coerente de argumentos na arquitetura de melhores decisões, com vistas a atingir o ideal de efetiva tutela dos direitos a que se propõem, sobretudo quando se está diante de questões de relevada importância e influência direta na vida em sociedade.

Ademais, ressalta-se que a regularização dos loteamentos clandestinos geralmente é vista como um processo individual, cuja solução deve partir apenas do Judiciário. Sendo assim, se faz mais que necessário demonstrar que as decisões estruturais são uma técnica processual que viabiliza a efetiva tutela de direitos de índole constitucional e de relevante repercussão social, sobretudo quando se considera que a concretização desses direitos depende da sua efetiva tutela.

Far-se-á uma breve abordagem do arcabouço legislativo que regulamenta o parcelamento do solo no Brasil.

Analisar-se-á a aplicabilidade da tutela coletiva na tutela dos interesses individuais homogêneos no Brasil. Buscar-se-á demonstrar que apesar do disposto no processo civil tradicional, em relação à regularização dos loteamentos clandestinos, deve-se considerar que a função do Judiciário vai além de prolatar uma decisão judicial apenas com o intuito de dar uma solução ao conflito apresentado.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, uma vez que utilizará de análises jurisprudenciais, posições doutrinárias, princípios e dispositivos legais, visando sustentar a necessidade de aplicação das decisões estruturais nas demandas que envolvem loteamentos clandestinos.

¹ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro. *RePro*, n. 225, nov. 2013.

2. A URBANIZAÇÃO NO BRASIL

Urbanização é a constituição de formas espaciais específicas das sociedades urbanas, caracterizadas pela concentração significativa das atividades e das populações em um determinado espaço. Para uma melhor caracterização da urbanização é importante observar que também deve ocorrer à existência e a difusão de um sistema cultural específico denominado como a cultura urbana².

Segundo Nathália Arruda Guimarães urbanização é o fenômeno pelo qual a sociedade se organiza, de forma autônoma, por meio de um processo de urbanização, resultando, no crescimento das cidades como também na concentração urbana destas.³

Para entender como ocorreu à urbanização no Brasil é importante observar que no período entre 1500 e 1720 iniciou-se o surgimento de núcleos urbanos na então colônia portuguesa.⁴

O fenômeno da urbanização propriamente dito iniciou-se somente entre os anos de 1950 e 1980. A característica principal desse período foi à inversão da distribuição espacial da população brasileira entre as áreas urbanas e rurais. Aquela ultrapassou esta no referido período.⁵

O principal combustível do fenômeno da urbanização foi a Revolução Industrial, a qual com a sua demanda crescente de mão de obra para as indústrias, os centros urbanos atraíram milhares de pessoas.

No Brasil o crescimento da industrialização impulsionou a urbanização.⁶

Em 1950, em razão da industrialização, o crescimento da população urbana concentrou-se principalmente nas capitais brasileira, fomentando o desenvolvimento econômico e a criação de vários serviços sociais necessários para suprir as demandas do aumento populacional.⁷

² GOMES, Shana Dora. A (I)Legalidade da ocupação do solo urbano: a responsabilidade e soluções para a problemática ambiental dos loteamentos clandestinos. Trabalho de conclusão de curso no Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental Departamento de Economia Rural e Extensão, Setor de Ciências Agrárias da Universidade Federal do Paraná. 2017.p. 14.

³ GUIMARÃES, Nathália Arruda. O direito urbanístico e a disciplina da propriedade. *Revista Magister de Direito Imobiliário, Registral, Urbanístico e Ambiental*, Porto Alegre: Magister, 2005 - Bimestral. p.27.

⁴ SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. 5ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005. p.19.

⁵ GOMES, Shana Dora. A (I) Legalidade da ocupação...p.15

⁶ Idem.

⁷ Idem.

Com a industrialização, e consequentemente urbanização, nas cidades surgiu uma nova modalidade de comércio decorrente da venda de terrenos com o pagamento realizado em prestações periódicas. Esse tipo de transação veio suprir a necessidade que os trabalhadores urbanos possuíam de comprar a sua casa própria. Tais trabalhadores eram assalariados, dessa forma não possuíam os meios para adquirirem com o pagamento de uma só vez do valor do imóvel.⁸

Todavia, por mais benéfico que aparente, essa nova modalidade de aquisição da casa própria não era justa com os compradores. Isso ocorre porque a venda era realizada com base em um compromisso do proprietário em vender a prestação periódicas, incluindo, na avença, a cláusula resolutiva expressa, em caso de simples mora no atraso das prestações. Ou seja, estipulava-se o decaimento por mero atraso, por meio do qual o promissário inadimplente perdia o terreno e todas as prestações pagas, aumentando o número de lesados por esses contratos, por vezes, adquiridos com grande sacrifício.⁹

Assim, pode-se concluir que os loteamentos urbanos têm como origem a necessidade de suprir a demanda dos trabalhadores assalariados por uma residência nas cidades em que trabalhavam.¹⁰ Essa ocupação urbana deu origem ao que hoje conhecemos como lógica de mercado (subdivisão de áreas por valor em m²). Essa segregação excluiu do alcance da população pobre o acesso ao mercado formal, a terra e a moradia digna.¹¹

O processo de urbanização subsequente da industrialização tardia brasileira foi intenso e descontrolado. Tal fato trouxe a necessidade de que o direito regesse o referido processo como uma forma de solucionar e prevenir os problemas urbanísticos e sociais decorrentes dele.¹²

2.1. PRINCIPAIS INSTRUMENTOS QUE REGEM A URBANIZAÇÃO

2.1.1 A Constituição Federal de 1988 e o Parcelamento do Solo

⁸ Ibidem,

⁹ Idem.

¹⁰ Ibidem.p.16/17

¹¹ Ibidem.p.17

¹² Ibidem.p.12

A principal contribuição da Constituição Federal de 1988 foi a sistematização da política urbana. Tal fato ocorre em razão da Carta Magna estabelecer de forma expressa a competência do Município em relação ao desenvolvimento urbano. Cabe a partir de então à Municipalidade ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.¹³

Com a Constituição de 1988 surge a figura do Plano Diretor, o qual é obrigatório para as cidades com mais de 20 mil habitantes e deve ser aprovado pela Câmara Municipal. O texto constitucional trouxe outros instrumentos legais para a regulamentação da expansão territorial do município, dentre os quais destacam-se a edificação compulsória, a tributação progressiva e a usucapião especial urbano.¹⁴

É importante destacar que até a Constituição Federal de 1988 a evolução das leis urbanístico-ambientais foi prejudicada, certamente pelo conflito existente entre o conceito individualista do direito de propriedade, adotado pelo Código Civil de 1916, e o princípio da função social da propriedade introduzido pela Constituição Federal de 1934, mas que não teve seu conceito adequadamente definido, de modo que suas lacunas foram preenchidas pelos já estabelecidos conceitos individualistas e privatistas do antigo Código Civil. Ou seja, não se tinha tratamento adequado da questão urbana e ambiental, fato que fomentou o crescimento das cidades brasileiras sem um marco jurídico que permitisse o controle do processo de desenvolvimento urbano.¹⁵

No direito não havia um consenso em relação ao desenvolvimento, uso e ocupação do solo urbano, principalmente acerca da competência municipal para legislar e agir em matérias urbanísticas e ambientais.¹⁶

Destaca-se ainda que apesar da existência de instrumentos para que o poder público atuasse nas questões urbano-ambientais, tal atuação era inefetiva e na prática ocorria somente após o ato privado. Não existia ainda, nenhuma preocupação com o planejamento urbanístico.¹⁷

Visando regulamentar os artigos 182 e 183 da Carta Magna, o legislador infraconstitucional elaborou a Lei nº 10.257 de 2001, também conhecida como

¹³ Ibidem.p.22

¹⁴ Idem.

¹⁵ Ibidem.p.23

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

Estatuto da Cidade. O referido estatuto tem como objetivo estabelecer normas de ordem pública e interesse social, bem como regulamentar o uso da propriedade urbana com o intuito de proporcionar o bem coletivo, a segurança, o bem-estar dos munícipes e o equilíbrio ambiental.¹⁸

2.1.2. O Estatuto da Cidade

Como visto anteriormente o Estatuto da Cidade tem como objetivo regulamentar os artigos 182 e 183 da CF/88.

Considerando que a sua função é ser mais um instrumento para regulamentar e proporcionar uma urbanização adequada às cidades, torna-se necessário analisar o referido estatuto de forma mais abrangente.

2.1.2.1 O Estatuto da Cidade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O Estatuto da Cidade foi criado com o objetivo de regulamentar os artigos 182 e 183 da CF/88, desta forma, para que ele cumpra os preceitos constitucionais, é necessário que sua aplicação observe o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁹

O afastamento dos cidadãos das decisões acerca do ambiente urbano aumenta as possibilidades de que as verbas públicas sejam usadas para fins privados dos gestores públicos eleitos, prática contumaz nas gestões públicas municipais brasileiras em detrimento da prestação universal dos serviços públicos, o que fere as possibilidades de uma vida digna por grande parte da população.

A inspiração dos direitos humanos sem a real aplicação na vida social e econômica não faz sentido, porque a pessoa humana precisa de condições para viver com dignidade, longe da falta de moradia e de saneamento básico, que atinge camadas mais frágeis da sociedade. Direitos estes impressos na Carta Magna de 88, nos artigos 182, 183, artigo 5º, inciso XXII e na Lei 10.257.

A desigualdade econômica acentua o problema do inadequado ordenamento territorial, com ausente planejamento e controle do parcelamento e da ocupação do solo urbano. Por isso a importância da gestão democrática municipal como um

¹⁸ Idem.

¹⁹ SANTIN, Janaína Rigo; MARANGON, Elizete Gonçalves. O Estatuto da Cidade e os instrumentos de política urbana para proteção do patrimônio histórico: outorga onerosa e transferência do direito de construir.

mecanismo implementador do princípio da dignidade da pessoa humana, com vistas à efetiva garantia do caráter social da propriedade e na definição das tutelas jurídico-políticas municipais relativas ao aspecto orçamentário-financeiro e ao planejamento urbano a ser aproveitado e utilizado em serviço da coletividade.²⁰

Em prol de direitos de grande magnitude, como a vida e a dignidade da pessoa humana, é preciso todo um trabalho de efetivação que cabe aos representantes dos três poderes: o Executivo, ao formular as políticas públicas; o Legislativo, ao positivar a legislação regulamentar que dará o caráter de efetividade e concretude àqueles direitos; e o Judiciário, ao julgar sempre respeitando os princípios fundamentais do ordenamento jurídico.²¹

O Estatuto da Cidade, também denominado de Lei do Meio Ambiente Artificial, tem como objetivo formular diretrizes gerais de administração do ambiente urbano. Veio para regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal frente aos reclames de ordem pública, interesse social, bem estar dos cidadãos e equilíbrio ambiental, estabelecendo normas gerais para a política de desenvolvimento urbano.

Forte em tais razões, do ponto de vista jurídico, o Estatuto da Cidade salvaguarda o meio ambiente urbano justo, equilibrado e sustentável, estabelecendo que toda a atividade econômica deve ter especial planejamento por parte do administrador público, observando-se os limites de sustentabilidade ambiental.

Nesta feita, as diretrizes gerais e os instrumentos de política urbana previstos no Estatuto da Cidade formam um complexo de normas que permitem o racional aproveitamento do solo urbano, planificando a vida em comunidade, dando à propriedade sua função social, com o objetivo de melhoria da qualidade do meio ambiente urbano, em todas suas dimensões.

2.1.2.2 O Estatuto da Cidade e a Gestão Democrática Municipal.

O Estatuto da Cidade evidencia ainda a importância da gestão democrática municipal como um mecanismo implementador do princípio da dignidade da pessoa humana. Diante da constatação da situação de desequilíbrio vivenciada na grande maioria das cidades, em que grande parte dos habitantes permanece à margem da infraestrutura e dos serviços públicos municipais, a gestão democrática municipal

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

mostra-se um importante instrumento nas mãos da cidadania a fim de reverter este estado de coisas, a partir de sua participação na aprovação coletiva dos projetos para a cidade. Pleiteia-se, com essa nova política urbana, o direito de cada cidadão em participar do planejamento a respeito do desenvolvimento da cidade, garantindo que ela seja sustentável para esta e para as futuras gerações.²²

Dentre as diretrizes gerais de política urbana elencadas pelo Estatuto da Cidade em seu artigo 2º, inciso II, está a gestão democrática municipal. Trata-se de disponibilizar à população a participação na definição das tutelas jurídico-políticas municipais relativas ao aspecto orçamentário-financeiro e ao planejamento urbano.

Essa matéria foi especificamente abordada em seu capítulo IV, intitulado “Da Gestão Democrática da Cidade”. Mediante os dispositivos legais ali positivados, o Estatuto da Cidade instituiu instrumentos eficazes para induzir o Poder Público a agir com maior transparência, tendo em vista a inegável carência da participação dos cidadãos nas decisões políticas municipais.²³

A gestão democrática das cidades deve tornar-se uma realidade, assegurando a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 2º, inc. II do Estatuto da Cidade), para se chegar a uma urbanização justa e equânime. As explicações apresentadas pelo Poder Público para a centralização das decisões não são aceitáveis, e se apoiam em alicerces antigos para justificar problemas novos. Por essa razão, cresce a necessidade de investimentos de profundidade no Plano Diretor, e que ele seja uma formulação conjunta entre o Poder Público e os cidadãos, pois cabe a ele dirigir os destinos do Município, sendo obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes.²⁴

O Estatuto diz que o governo não pode exercer o poder político sozinho, havendo a necessidade de um novo ponto de vista que seja inspirado na real aplicação da gestão democrática. Ou seja, para atingir os fins presentes no Estatuto da Cidade, que são a função social da cidade e da propriedade urbana, a gestão democrática apresenta-se como melhor caminho. Ainda que sejam respeitados os argumentos dos que preferem decidir acerca da cidade no interior de gabinetes, sem

²² Idem.

²³ Idem.

²⁴ Idem.

a participação coletiva, modernamente exige-se a adequada renovação dos instrumentos administrativos para que estejam em conformidade tanto com a Constituição Federal quanto com o Estatuto da Cidade. Portanto, tais restrições não podem perpetuar-se, sob pena de ilegalidade ou até mesmo inconstitucionalidade, devendo prevalecer os debates e as audiências públicas na definição das diretrizes jurídico-políticas do Município, que são a essência da democracia.²⁵

O ambiente urbano é o desafio aprovado pelo Estatuto da Cidade, na medida em que a política urbana deve avançar nos caminhos da gestão democrática, garantindo a participação popular nas decisões acerca dos ônus e dos benefícios do processo de urbanização. Enfatiza-se, portanto, a importância da gestão democrática municipal para a efetivação dos novos instrumentos de política urbana a serem inseridos no Plano Diretor dos Municípios, construindo cidades em que o processo de urbanização seja o resultado da aprovação coletiva.²⁶

2.1.3 A Lei do Parcelamento do Solo.

A Lei de Parcelamento do Solo é anterior à Constituição Federal de 1988, mas foi recepcionada pela Constituição de 88.

A abertura de loteamentos é a forma de urbanização mais corriqueira e significativa em nosso país. As cidades brasileiras se expandem pela produção de lotes, em uma constante transformação de áreas rurais em urbanas. É nestes lotes, sejam regulares ou não, infra estruturados ou precários, que a casa brasileira se edifica.²⁷

De acordo com a legislação brasileira, para a terra se tornar lote é preciso passar pelo processo de parcelamento do solo. Lote é a terra dotada de infraestrutura, após ser parcelada.²⁸ O disciplinamento deste processo de subdivisão do solo urbano, bem com a regulação da transferência deste como propriedade, é regida pela Lei Federal de Parcelamento do Solo Urbano, nº. 6.766/79, também conhecida como Lei Lehman. Esta legislação trata de aspectos urbanísticos, sanitários, penais, civis,

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

²⁷ LEONELLI, Gisela Cunha Viana. A construção da lei federal de parcelamento do solo urbano 6.766: debates e propostas do início do sec. XX a 1979. Tese apresentada no Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Área de Concentração em Teoria e História da Arquitetura e do Urbanismo da Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo, 2010.p.29.

²⁸ Idem.

administrativos e notariais a serem observados por todos os entes federativos no ato de parcelamento do solo urbano.²⁹

A lei de parcelamento do solo é constituída por algumas normatizações básicas. A primeira delas é a definição das tipologias de fracionamento do solo previstas e de onde poderá ocorrer o parcelamento do solo. A segunda trata das definições dos requisitos urbanísticos exigidos, onde se destacam: a infraestrutura mínima exigida, o percentual de áreas públicas, lote mínimo, faixas onde não se podem edificar, os vínculos com a legislação de uso e ocupação do solo existente. Quanto aos aspectos administrativos, a lei estipula os procedimentos básicos para a aprovação do projeto de loteamento, definindo o papel do poder público, do empreendedor e os documentos e informações exigidos tanto do projeto quanto da propriedade.³⁰

Quanto aos aspectos notariais, a lei define a obrigatoriedade do registro cartorário do loteamento e sob quais condições esta deve ser efetuada ou cancelada. Outro aspecto tratado refere-se ao regulamento dos contratos de compra e venda, bem como as garantias do comprador e do vendedor de lotes. A lei dispõe também de como devem ser tratados os casos de loteamentos irregulares, destacando o papel do poder público, os direitos dos adquirentes de lotes e as penalidades impostas ao empreendedor.³¹

No regime jurídico brasileiro, há apenas duas tipologias de parcelamento do solo: loteamento e desmembramento. Além de definir as tipologias de parcelamento permitidas no país, tal lei define também as regras, critérios e exigências para se aprovar o parcelamento do solo. Desta forma, é a partir das regras e critérios da lei do parcelamento do solo urbano que as cidades brasileiras se expandem legal e regularmente. A margem de tais regras, a expansão estaria ilegal e irregular.

²⁹ Idem.

³⁰ Ibidem, p.29/30.

³¹ Ibidem, p.30.

2.1.3.1. O Loteamento e o Desmembramento

O Loteamento pode ser definido como sendo um desmembramento, áreas destinadas a novas vias de circulação e para logradouros públicos. Ainda, é conceituado pela Lei n.º 6.766/79, no seu artigo 2º: “considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes”.³²

Percebe-se que o pressuposto básico para um loteamento é a existência da subdivisão de uma gleba em dois ou mais lotes. É imprescindível que todo loteamento seja aprovado pela Prefeitura Municipal e submetido a registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Todavia, tal regra tem sido desrespeitada, ocasionando o surgimento de loteamentos irregulares, principalmente devido à omissão dos poderes competentes. Cabe esclarecer que os loteamentos clandestinos, são aqueles que não foram aprovados pela Prefeitura Municipal. Nesse caso, os particulares subdividem glebas em lotes destinados à edificação, com a abertura, prolongamento, modificação ou ampliação de vias ou logradouros públicos, sem a competente aprovação da Municipalidade.³³

Já os loteamentos irregulares, são aqueles aprovados pela Prefeitura, mas não foram inscritos, ou o foram, mas são executados em desconformidade com o plano e as plantas aprovadas. Aqui, embora aprovado o projeto, o loteamento não é inscrito no Registro de Imóveis.

O desmembramento também se traduz em espécie do parcelamento. Dessa forma, quando se subdividir uma gleba, sem que ocorra a necessidade da abertura de novas vias de circulação, logradouros públicos, ou mesmo prolongar, ampliar e modificar as vias já existentes, tem-se o desmembramento e não o loteamento. A semelhança do desmembramento com o loteamento, é que a subdivisão da gleba é realizada em ambos, com a finalidade de edificação, para fins urbanos, pois a legislação não especifica, qual o tipo de edificação destinada ao local.³⁴

³² ANTUNES, Paula Regina. Aspectos jurídicos sobre o parcelamento do solo urbano e o papel do Ministério Público. Revista Direito e Inovação. v. 2. n. 2. p. 170-184. Jul. 2014.

³³ Idem.

³⁴ Idem.

2.1.4 O Direito à Moradia

Nada obstante anteriores referências ao longo do texto constitucional na sua redação original, o direito à moradia só veio a ser positivado expressamente com a EC 26, de 14.02.2000, transcorridos, pois, doze anos da promulgação da Constituição Federal. O que, em parte, é atribuído às resistências do Brasil em relação a diversos aspectos regulados pelos instrumentos internacionais concernentes à moradia.

Hoje, contudo, não há mais dúvidas de que o direito à moradia é um direito fundamental autônomo, de forte conteúdo existencial, considerado, por alguns, até mesmo um direito de personalidade (pelo menos naquilo em que vinculado à dignidade da pessoa humana e às condições para o pleno desenvolvimento da personalidade), não se confundindo com o direito à (e de) propriedade, já que se tratam de direitos distintos.³⁵

Se o texto constitucional não traz parâmetros explícitos quanto à definição do conteúdo do direito à moradia, cumpre registrar o esforço legislativo e jurisprudencial no sentido de recepcionar e, em alguns casos, adequar ao contexto interno os critérios materiais desenvolvidos no âmbito do sistema internacional, como dão conta os exemplos da segurança jurídica da posse, a disponibilidade de infraestrutura básica capaz de assegurar condições de habitabilidade, o acesso a serviços essenciais e o respeito às peculiaridades locais.

Como os demais direitos fundamentais, o direito social à moradia abrange um complexo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, de natureza negativa (direito de defesa) e positiva (direito a prestações). Na condição de direito de defesa (negativo), o direito à moradia impede que a pessoa seja privada arbitrariamente e sem alternativas de uma moradia digna, por ato do Estado ou de outros particulares. Nesse contexto, destaca-se a legislação que proíbe a penhora do chamado bem de família, como tal considerado o imóvel que serve de moradia ao devedor e sua família (Lei 8.009/1990, art. 3.º), a cujo respeito existem inúmeras decisões judiciais, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, das quais boa parte favorável à proteção do direito à moradia.³⁶

³⁵ Ibidem.p.685/686.

³⁶ Ibidem.p.687.

Nessa seara, um caso bastante polêmico – muito embora a existência de decisão do STF sobre o ponto (ainda não sumulada) – é o que envolve a constitucionalidade das exceções legais à regra geral da impenhorabilidade do único imóvel residencial (com destaque para o imóvel de propriedade do fiador em contrato de locação), pois, apesar da tendência anterior no sentido da inconstitucionalidade da previsão legal que permite a penhora do imóvel do fiador em contratos de locação, o STF, em decisão de fevereiro de 2006, reconheceu a compatibilidade da penhora com a salvaguarda do direito à moradia, afirmando a necessidade de assegurar-se o acesso à moradia por meio da oferta de imóveis para serem alugados, mesmo que se venha a penhorar o único imóvel do fiador, ainda mais quando este tenha dado livremente o bem em garantia.³⁷

Com a edição do Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 10.07.2001), cuja principal meta é dar efetividade às diretrizes constitucionais sobre política urbana, estando a contribuir para a difusão de um verdadeiro direito à cidade, foi dado um passo significativo para dar vida efetiva ao direito a uma moradia condigna no Brasil.³⁸

No que diz respeito a regulamentação pelo Código Civil, vale destacar também a previsão, em termos similares a usucapião especial ou constitucional urbano, da usucapião especial rural, conforme se pode apreender do seu art. 1.239.

Mais recentemente, também com forte expressão em termos de assegurar a moradia na perspectiva familiar, o Código Civil inovou por intermédio da Lei 12.424, de 16.06.2011, ao assegurar, no seu art. 1.240-A, que “aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade dívida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”. À vista do exposto, verifica-se que todo o elenco de usucapiões especiais tem por objetivo e reflete diretamente na proteção do direito à moradia.³⁹

Em que medida o direito à moradia se traduz em direito subjetivo à construção, pelo Poder Público, de uma moradia digna (ainda que não na condição de propriedade), ou, em caráter alternativo, em direito de fornecimento de recursos

³⁷ Idem.

³⁸ Idem.

³⁹ Idem

para tanto ou para, por exemplo, obras que assegurem à moradia sua condição de habitabilidade, sem prejuízo de todo um leque de aspectos a serem exploradas na seara do direito à moradia na perspectiva de sua função de direito a prestações, é seguramente algo longe de estar bem sedimentado na doutrina e na jurisprudência. Note-se, contudo, que o STF não tem afastado, pelo contrário, afirmado, que em determinados casos o poder público poderá ser compelido, sem que com isso reste configurada ofensa ao princípio da separação de poderes, a promover medidas emergências em termos de políticas públicas relativas aos direitos à segurança e à moradia.⁴⁰

3 O LOTEAMENTO CLANDESTINO

A Lei do Parcelamento do Solo Urbano exige um procedimento dificultoso para a realização de um loteamento.

Em razão disso, surgem os loteamentos ilegais, que buscam burlar de alguma maneira os requisitos e limitações da lei. Contudo, essa prática é prejudicial tanto ao meio ambiente quanto à população que vive nestes loteamentos e a seus arredores, o que demanda uma política de prevenção atuante. Esses problemas serão abordados no presente capítulo. Dar-se-á destaque as espécies de desvios da Lei 6.766/79, suas consequências e as formas de combate preventivo e repressivo a essas condutas ilegais.⁴¹

Os loteamentos ilegais subdividem-se em duas espécies: os loteamentos clandestinos e os loteamentos irregulares. Os primeiros são aqueles que não obtiveram a aprovação ou autorização dos órgãos competentes. Os segundos, por sua vez, são aqueles que foram aprovados pela autoridade competente, mas não foram devidamente inscritos. Podem ser aqueles também que foram inscritos, mas foram executados em desconformidade com o plano e as plantas aprovadas.⁴²

3.1. LOTEAMENTO CLANDESTINO

Nota-se, destarte, que são poucos os estímulos para quem pretende lotear de maneira rápida, a custos baixos, com altos ganhos financeiros e total aproveitamento da gleba, razão pela qual, não raro, proprietários de terras têm contornado o comando da Lei 6.766/79, promovendo os chamados loteamentos clandestinos.⁴³

Clandestino não é, apenas, o loteamento feito às ocultas. Tanto o é aquele desconhecido oficialmente pelo Poder Público, porque inexistente solicitação de aprovação, quanto o que deriva do indeferimento do respectivo pedido, por não atender às exigências legais. Em ambos os casos, sempre sem a chancela oficial, ele

⁴¹ MOREIRA, Jaqueline. A lei do parcelamento do solo urbano como mecanismo de proteção ao meio ambiente. Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. 2013.p. 55.

⁴² Idem.

⁴³ FREITAS, José Carlos de. Loteamentos clandestinos: uma proposta de prevenção e repressão. Revista Magister de direito imobiliário, registral, urbanístico e ambiental. v. 1, n. 1, p. 52–69, ago./set., 2005. Porto Alegre: Magister, 2005.

é implantado fisicamente pelo loteador com a abertura de ruas, demarcação de quadras e lotes, e com a edificação de casas pelos adquirentes.⁴⁴

Mas os parcelamentos também se denominam clandestinos nas hipóteses em que a gleba não tenha sofrido qualquer fragmentação, porque algumas vezes, não são executados, embora haja, segundo uma planta ou projeto, ocorrido a venda dos lotes. Assim, tanto são clandestinos os parcelamentos executados como os não-executados.⁴⁵

O parcelamento é uma operação que normalmente se desdobra em diferentes fases, além daquela marcada pela transformação física da área, sendo uma delas a que se realiza mediante a indicação do loteamento ou desmembramento, com a delimitação dos novos terrenos em plantas ou documentos. A ação se desenvolve frente ao público ou a pessoas determinadas, adquirentes, proponentes ou interessados, com a assinatura de escritura pública ou particular de venda ou promessa de venda, com ofertas, promessas ou comunicações relativas ao parcelamento, feitas através de correspondência, prospectos, volantes, letreiros, anúncios ou propaganda pela imprensa, com ou sem propósito manifesto de vender. Essa diferenciação tem significativa importância no âmbito penal para a configuração do crime de parcelamento clandestino, previsto nos artigos 50 e seguintes da Lei 6.766/79, sendo conduta suficiente para caracterizar a prática do delito.⁴⁶

Nesses loteamentos, as glebas são retalhadas em quadras, lotes e ruas sem qualquer planejamento prévio ou preocupação com o meio físico urbano lindeiro. Executam-se movimentos de terra, cortes e aterros sem o compromisso com as pequenas normas e técnicas de engenharia. Remove-se a cobertura vegetal prejudicando a estabilidade do solo, favorecendo sua erosão e o assoreamento de cursos de água. Quando previstos, raros são os espaços reservados às áreas públicas para fins comunitários (praças, áreas verdes, sistema de recreio), formando um maciço de casas modestas amontoadas, sem respeito aos recuos que garantam aeração e insolação.

A ausência de áreas institucionais nesses assentamentos, que se prestariam a comportar, por exemplo, a edificação de creches e escolas para as crianças, ou mesmo de postos de saúde destinados a oferecer os serviços básicos de atendimento

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Idem.

ambulatorial à comunidade local emergente, ocasiona a saturação dos equipamentos públicos dos bairros vizinhos a esses loteamentos, dando margem à superlotação de seus hospitais e estabelecimentos de ensino.

Os compradores dos lotes, à falta de aprovação e registro do projeto de parcelamento, pactuam as vendas sem um contrato padrão que lhes proporcionem um mínimo de formalidades e garantias legais traçadas pela lei, inclusive a escritura pública. Sujeitam-se a imposições unilaterais e cláusulas abusivas dos loteadores. As casas que constroem seguem a mesma sorte de clandestinidade por não serem precedidas de alvará de construção, sendo, por isso, geralmente desprovidas dos critérios técnicos de solidez e estabilidade.

Paralelamente a essa prática da autoconstrução em lotes ilegais, seguem as ligações não oficiais das redes públicas de luz e água às casas, gerando riscos para os próprios moradores e transeuntes. Cruzando o espaço aéreo local, um emaranhado de fios condutores de eletricidade, distantes poucos metros dos tetos das casas e do leito das ruas, oferecem perigo constante à integridade física dos passantes, com riscos de descargas elétricas e de incêndio.

Perfuram-se poços para a captação de água nas proximidades das fossas negras abertas, favorecendo sua contaminação. É comum o despejo do esgoto doméstico, sem tratamento, no solo e nos córregos contribuintes dos rios e mananciais. Formam-se focos de sujidades com o depósito de lixo em locais impróprios, como terrenos baldios ou leito dos cursos de água, dando azo à proliferação de transmissores de doenças (roedores, moscas e urubus), exalando mau cheiro e causando poluição, por vezes na forma de infiltração do chorume no solo, que atinge o lençol freático, comprometendo a saúde dos moradores e vizinhança.

As ruas abertas são desprovidas de sistema para drenagem das águas pluviais (guias, sarjetas, bocas de lobo, canaletas e galerias), o que gera o acúmulo de água de chuva no solo, e quando implantadas com larguras mínimas, dificultam a circulação, o serviço de transporte coletivo, de coleta de lixo, de limpeza e manutenção das vias, e mesmo o ingresso de viaturas de salvamento (ambulâncias, corpo de bombeiros) e patrulhamento policial, favorecendo o domínio da marginalidade.⁴⁷

⁴⁷ Idem.

Apesar das restrições ambientais, topográficas e sanitárias impostas pela Lei 6.766/79 ao parcelamento de áreas nas situações definidas no seu art. 3º, proprietários de terras nessas condições, motivados pela ganância de extrair o máximo de seu aproveitamento econômico, não divisam qualquer impossibilidade fática em parcelá-las. Ao contrário, alguns terrenos sujeitos a inundações, com declividade excessiva e topografia irregular são loteados sem as mínimas condições de habitação e segurança, portanto, aptos à acomodação de moradias em áreas de risco, proporcionando escorregamentos e deslizamentos de taludes e encostas sobre as habitações.⁴⁸

Parcelam-se terrenos com fins urbanos na zona rural das cidades, apesar da proibição (art. 3º, caput, Lei 6.766/79), pois sua localização geográfica não os habilita urbanisticamente a comportar um adensamento residencial, porque distantes dos serviços públicos e das obras de infraestrutura, os quais, para sua implementação, demandariam altos custos para o município e, de consequência, para os contribuintes.

Outros imóveis localizados em áreas de proteção ambiental são objeto da ação predatória dos loteadores, cuja ocupação ocasiona, em vários casos, prejuízos ao abastecimento hídrico da cidade (loteamentos nas áreas de proteção aos mananciais), ou mesmo o assoreamento de corpos d'água com o desmatamento de vegetação ciliar que guarnece as margens de rios (áreas de preservação permanente), carreando para seu leito os detritos residenciais produzidos (águas servidas, esgoto e lixo doméstico, etc.).

Nem mesmo as indefinições na titularidade jurídica das glebas, muitas vezes derivadas de sucessão *causa mortis*, têm obstado os loteamentos clandestinos. Ao contrário, como resultado dos conflitos dominiais entre herdeiros nos intermináveis inventários, os mais afoitos demarcam suas "frações", correspondentes a uma imaginária partilha, promovem a alienação das partes em "lotes", cedendo a terceiros os direitos possessórios e hereditários por escrituras públicas expressas em "frações ideais".

De um modo geral, concomitantemente ao ato de parcelar, os lotes resultantes são lançados no mercado de consumo através de panfletos e faixas publicitárias espalhados pela cidade, notadamente na periferia. Imobiliárias de

⁴⁸ Idem.

duvidosa reputação filiam-se à prática, intermediando as vendas dos lotes, a preços módicos, sem qualquer preocupação com a regularidade formal do loteamento. Junte-se a esse panorama o déficit habitacional, os movimentos migratórios para as grandes cidades e a procura da casa própria pelas classes mais modestas. Eis a receita para a produção informal de casas populares, para assentamentos não planejados e descontrolados, que desenhavam perfeitamente um verdadeiro caos urbano.⁴⁹

A desordenada ocupação do solo com a implantação dos loteamentos clandestinos, em virtude da inobservância das normas urbanísticas, conduz assim: a proliferação de habitações edificadas sem critérios técnicos (insegurança) e em condições subumanas (insalubridade); ao surgimento de focos de degradação do meio ambiente e da saúde; ao adensamento populacional desprovido de equipamentos urbanos e comunitários definidos na Lei 6.766/79 (art. 4º, § 2º e art. 5, parágrafo único) e incompatível com o meio físico (má localização), gerando o crescimento caótico da cidade; à marginalização dos seus habitantes com o incremento das desigualdades sociais e reflexos na segurança da população local e circunvizinha (violência, comércio de drogas, promiscuidade). A população sofre com a formação da "cidade ilegal", arcando com os custos das inevitáveis intervenções do Poder Público para a sua urbanização.⁵⁰

3.2 EXPEDIENTES FRAUDULENTOS

Os loteadores clandestinos valem-se de expedientes destinados a mascarar e ocultar a venda de lotes e a implantação dos loteamentos, pondo à margem a Lei 6.766/79. Causam danos aos adquirentes e aos padrões urbanísticos dos municípios. Dentre as manobras mais comuns destacamos as que seguem.⁵¹

3.2.1 Associações e Cooperativas Habitacionais

Tem sido frequente a utilização de associações e cooperativas habitacionais para a implantação de loteamentos. Muitas são constituídas fraudulentamente, escondendo uma prática empresarial de alta rentabilidade. Mesmo quando bem

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Idem.

intencionadas, olvidam-se dos requisitos básicos, gerando parcelamentos clandestinos.⁵²

Comumente, agrupam-se interessados na compra de lotes, arrecadando valores mensais desses "associados" ou "cooperados", a título de cotas, cujo montante será empregado na compra de uma gleba. Também pagam prestações para a contratação dos serviços de topografia, elaboração de planta do futuro loteamento, terraplenagem, abertura de ruas, demarcação de quadras e lotes, enfim, para a execução do parcelamento do solo.⁵³

O grupo fundador da associação ou cooperativa busca sua legitimação perante os adquirentes de lotes mediante a formalização de um estatuto e a realização de assembleias que deliberam sobre a sorte do empreendimento e dos associados em mora. No entanto, o loteamento é implantado sem as formalidades legais de aprovação, registro do projeto (por vezes inexistentes), titularidade do domínio da gleba parcelada, vale dizer, de forma clandestina.⁵⁴

Os compradores são orientados a construir no local, gerando uma ocupação desordenada. Por vezes, os componentes dos quadros diretivos dessas cooperativas e associações desaparecem com o dinheiro arrecadado, levando consigo o sonho dos supostos cooperados e associados.⁵⁵

3.2.2 Falsos Condomínios

Outra modalidade consiste na constituição fraudulenta de "condomínios". Proprietários de glebas vendem partes ideais em percentuais numericamente iguais ou muito próximos, mediante alienações sucessivas, formando condomínio com pessoas sem nenhuma afinidade familiar ou inter-relação, em escala empresarial, mediante contratos padronizados.⁵⁶

As escrituras de compra e venda das "frações ideais" são registradas no serviço imobiliário de forma sequencial, numa mesma matrícula. Ainda que as escrituras não tragam a localização da parte, na verdade, quando da contratação, são exibidas plantas indicando onde a "fração ideal" está situada e, de fato, o terreno do "condômino" se apresenta como parte certa demarcada, localizada, cercada e

⁵² Idem.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Idem.

destacada do todo, com frente para ruas abertas pelo proprietário originário. Portanto, sem relação com o condomínio ordinário (Cód. Civil, art. 623 e segs.).⁵⁷

Esse expediente também não se equipara ao condomínio de casas da Lei nº 4591/64 (art. 8º), que reclama a discriminação da parte do terreno ocupada pela edificação (cujo projeto de construção deve ser previamente aprovado e conhecido do adquirente) e a indicação da fração ideal do terreno e das partes comuns. No condomínio especial o empreendedor entrega a casa pronta, ainda que a sua venda tenha se processado "na planta". Nos loteamentos clandestinos disfarçados de "condomínios especiais", há, na verdade, venda de lotes sem a construção presente ou futura. Ocorre a alienação de "lotes em condomínio", sem qualquer previsão legal.⁵⁸

3.2.3 Parceria entre a Prefeitura e o Loteador

Constata-se certa frequência na "parceria" entre a prefeitura e o loteador, quando o Município desapropria faixas de terras particulares para compor o sistema viário numa determinada gleba indivisível, sem finalidade de interligação entre um bairro e outro, ou entre duas vias urbanas (ou, quando isso ocorre, outras vias transversais e paralelas são expropriadas sem necessidade), vale dizer, ligando o nada a lugar algum, sem qualquer interesse público, quase sempre para beneficiar o loteador, que só tem o trabalho de parcelar as quadras resultantes e auferir lucro com a venda dos lotes.⁵⁹

Com essa prática, o município não recebe gratuitamente as áreas públicas, e as obras de infraestrutura são suportadas pelo erário, pelo contribuinte que paga os impostos, e não pelo loteador, como deveria ser (art. 18, V, Lei 6.766/79). Ocorre flagrante desvio de finalidade do ato expropriatório e prejuízo ao patrimônio público, passível de ação popular ou ação civil pública de conteúdo desconstitutivo, em especial quando esses atos são maquiados com desapropriações amigáveis (raras) e por preços simbólicos, sob a alegação de que não houve dano de grande monta.⁶⁰

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Idem.

Além do loteamento clandestino, realizado totalmente às escuras, existe o loteamento irregular, que, embora não seja tão danoso quanto o clandestino, merece ser estudado por apresentar peculiaridades e por também agredir o meio ambiente. É o que será tratado a seguir.⁶¹

3.3 LOTEAMENTO IRREGULAR

O loteamento irregular é uma espécie de loteamento ilegal. Ele pode se dar de três formas diferentes: a) houve aprovação, mas não o registro; b) houve a aprovação e o registro, mas foi executado irregularmente, ou seja, sem atender às exigências previstas em lei ou nos atos do acordo; c) ou não foi executado¹⁵². Os loteamentos ou os desmembramentos irregulares pressupõem, sempre, um projeto aprovado pelo Poder Público encarregado da aprovação.⁶²

José Afonso da Silva afirma que os loteamentos irregulares constituem outro mal do sistema do parcelamento do solo, especialmente nas grandes cidades. O autor explica, ainda, que os loteadores, após a aprovação da prefeitura, não cumprem com o estabelecido e passam a realizar o loteamento à margem da lei, seja executando sem o registro, seja desrespeitando o que foi aprovado, modificando conforme a conveniência deles.⁶³

3.4 LOTEAMENTO FECHADO

Em várias cidades, sobretudo as de grande porte, tem se verificado uma tendência: os loteamentos fechados. Esses loteamentos funcionam como uma mistura entre os condomínios de casas, estabelecidos na Lei 4.591/64, e os loteamentos regulados pela Lei do Parcelamento do Solo.⁶⁴

Eles ainda não possuem uma regulamentação própria, motivo por que os doutrinadores e a jurisprudência pátria divergem quanto a sua legalidade. Normalmente, o mecanismo funciona com a constituição de uma associação de moradores constituída pela maioria dos adquirentes de lotes dos loteamentos fechados, que se responsabilizam em prover alguns serviços para os moradores, com ênfase para a segurança.⁶⁵

61 MOREIRA, Jaqueline. A lei do parcelamento do solo.p.62.

62 Idem.

63 Idem.

64 Ibidem.p.64.

65 Idem.

Os loteamentos fechados são concebidos para favorecer uma minoria abonada financeiramente, que busca segurança. O problema é que com sua criação, áreas públicas dos loteamentos – áreas verdes, sistemas de lazer, ruas, praças – são privados para o uso de uma parcela mínima da população em detrimento da coletividade. Na construção desses loteamentos, constata-se uma tentativa de utilização da Lei 4.591/64 a fim de desviar a finalidade da Lei do Parcelamento do Solo. Contudo, o loteamento não se enquadra em nenhuma das hipóteses.

A Lei 4.591/64 trata da ocupação do solo por um condomínio especial de casas térreas ou assobradadas. Essa lei estabeleceu a possibilidade de levantar-se mais de uma construção em um mesmo terreno aberto, sem a superposição de unidades. A parte do terreno a ser utilizada para cada unidade autônoma será discriminada pelo empreendedor, bem como a porção ideal do terreno e as partes comuns. Não há nesses condomínios de casas a utilização de espaços públicos, como ruas, praças, áreas livres; tudo que integra o condomínio é de propriedade exclusiva dos condôminos. Dessa forma, percebe-se que o loteamento, por consistir na criação de áreas públicas, não pode ser regulamentado pela Lei 4.591/64. No entanto, essa prática é comum, por conta da impossibilidade de aplicação da Lei 6.766/79 para os loteamentos fechados.⁶⁶

No parcelamento do solo executado nos moldes da Lei 6.766/79, ao se lotear, transmite-se automaticamente o domínio das áreas comuns – quais sejam, espaços livres, vias, praças – ao Município. Todavia, no loteamento fechado ocorre uma privatização das áreas públicas em detrimento da coletividade, o que justifica a tentativa de não se aplicar a Lei do Parcelamento do Solo. O que difere basicamente o loteamento fechado do loteamento comum é que no primeiro as ruas praças, jardins e áreas livres são de propriedade dos condôminos; enquanto no segundo essas áreas passam a ser do domínio do município, em atenção ao que estabelece a Lei do Parcelamento do Solo.⁶⁷

Hely Lopes Meirelles afirma que o loteamento fechado é uma tendência aos arredores das grandes cidades. Contudo, é carente de uma legislação superior. Em razão disso, impõe-se a criação de uma regulamentação prévia para disciplinar os encargos de segurança, de higiene e de conservação das áreas comuns.⁶⁸

⁶⁶ Ibidem.p.64/65.

⁶⁷ Ibidem.p.65.

⁶⁸ Idem.p.66.

José Afonso da Silva explica que esses loteamentos não existem juridicamente, pois não há uma lei que os ampare. Afirmar ainda que ele constitui como uma forma distorcida entre os institutos do condomínio de casas e o loteamento comum. O autor acrescenta, ademais, que o município não tem competência legislativa em matéria de condomínio. Assim, ele não pode autorizar a realização do loteamento fechado, também chamado de condominial. Isso porque cabe à União, nos termos do artigo 24, I, da CRFB/88, ainda que de maneira concorrente, legislar sobre direito urbanístico, de modo que cabem aos estados e municípios apenas as disposições complementares, atendendo aos interesses locais.⁶⁹

Os loteamentos fechados mostram-se, assim, como uma forma de burlar a Lei do Parcelamento do Solo. Tal fato tem como fundamento a ação de que se pode considerar o loteamento fechado e o loteamento criado de acordo com a Lei do Parcelamento do Solo institutos completamente diferentes, razão pela qual impossível aplicar ao primeiro as regras da Lei nº 6.766/79.⁷⁰

Percebe-se, portanto, que há muita discussão acerca da legalidade do loteamento fechado, que se mostra de difícil resolução, ante a existência de inúmeros empreendimentos com essa nomenclatura. Assim, para solucionar alguns pontos controversos, de interesse da coletividade, impõe-se a edição de uma lei geral que trate do assunto, para que depois cada região, em atenção às suas peculiaridades, edite normas especiais.⁷¹

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Ibidem.p.66/67.

⁷¹ Ibidem.p.67.

4. O PAPEL DO DIREITO NO PARCELAMENTO DO SOLO

O Direito é o mecanismo recomendado para a prevenção e repressão do parcelamento do solo realizado sem a observância da Lei nº 6.766/79.

Todavia, para que o Judiciário seja acionado e aplique o Direito aos casos de descumprimento da Lei do Parcelamento do Solo é necessário que tais casos sejam trazidos para a sua apreciação. Geralmente é o Ministério Público quem traz ao Judiciário os casos de irregularidades na aplicação da Lei nº 6.766/79. Com raras exceções os compradores dos imóveis resultantes de parcelamento de solo ilegal acionam o Judiciário.

4.1 O MINISTÉRIO PÚBLICO E O PARCELAMENTO DO SOLO

Como visto anteriormente, o Parcelamento do Solo Urbano é o instrumento utilizado para a execução da política de desenvolvimento e expansão urbana em nível municipal, atendidas as diretrizes do Estatuto da Cidade e da Lei n. 6.766/79, para fins de disciplinar a ocupação do solo e o desenvolvimento urbano, a partir da tutela e defesa da coletividade, enquanto adquirentes dos lotes previstos em um determinado empreendimento.⁷²

Com a promulgação da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e da própria Carta Magna de 1988, o Ministério Público passou a ter uma atuação de destaque nos pedidos e ações envolvendo o parcelamento do solo, através do inquérito civil e da ação civil pública, objetivando a defesa do meio ambiente, seja o meio ambiente natural ou artificial. Uma vez que o meio ambiente “pertence a todos e a ninguém em particular; sua proteção a todos aproveita e a sua postergação a todos em conjunto prejudica; é a *res communis omnium*”.⁷³

A legitimidade para a atuação do Ministério Público no parcelamento do solo está expressamente estabelecida na Lei 6.766/79, em razão de interesse público. O Superior Tribunal de Justiça reconhece a legitimidade “*ad causam*” do Ministério Público em ajuizar ação civil pública⁷⁴, objetivando a regularização do parcelamento

⁷² ANTUNES, Paula Regina. Aspectos jurídicos sobre o parcelamento do solo urbano e o papel do Ministério Público. Revista Direito e Inovação. v. 2 . n. 2. p. 170-184. Jul. 2014.

⁷³ Idem.

⁷⁴ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. NÃO OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO AO DIREITO DE AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 302, III, 331, § 2º, 332, 333, I E II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211 DO STJ.

do solo urbano (loteamento), consubstanciada na realização de obras necessárias à infraestrutura do loteamento irregular. Logo, após árdua luta nos Tribunais, está superada a discussão acerca da legitimidade do Ministério Público para agir em tutela do parcelamento do solo.⁷⁵

Vários Ministérios Públicos Estaduais possuem Promotorias de Justiça de Habitação e Urbanismo visando à atuação do *Parquet* na defesa dos interesses coletivos.

O texto constitucional, em seu artigo 129, I, dispõe que são funções institucionais do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, “na forma da lei”. Dessa forma, tem-se como pacificado o entendimento jurisprudencial acerca da atuação do Ministério Público durante todas as fases do processo de parcelamento e registro, e poderia ser incluída entre “outros interesses difusos e coletivos”, com intuito de exercer a vigilância que o Município e os demais órgãos públicos muitas vezes não realizam.⁷⁶

Nesse sentido, no âmbito civil, a atuação do Ministério Público no parcelamento do solo urbano, de acordo com o artigo 8º, § 1º, da Lei nº7347/85, se dá através do inquérito civil ou procedimento preparatório, do termo de ajustamento de conduta e da ação civil pública. No âmbito penal, ocorre por meio do inquérito policial e da ação penal. Portanto, o Ministério Público, poderá atuar em sua forma tradicional, qual seja, como fiscal da lei, ou mesmo como titular da ação penal pública, como disposto na Lei nº 6766/79.⁷⁷

Nessa perspectiva, o órgão do Ministério Público deve fiscalizar a prévia existência ou exigir a constituição das áreas de uso comum eventualmente não disponibilizadas à comunidade/sociedade, proporcionais às áreas a serem

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO IRREGULAR. MUNICÍPIO. PODER-DEVER. ART. 40 DA LEI 6.766/79. PRECEDENTES DO STJ. 1. Hipótese em que o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública contra o Município, a Associação de Ocupantes e dois sócios, objetivando a regularização do loteamento, que foi julgada procedente para condenar os requeridos à realização de obras necessárias à infraestrutura do loteamento irregular, dentre outras cominações. 2. A ausência de prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados (302, III, 331, § 2º, 332, 333, I e II do Código de Processo Civil) torna inadmissível o recurso especial. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ. 3. É pacífico o entendimento desta Corte Superior de que o Município tem o poder-dever de agir para fiscalizar e regularizar loteamento irregular, pois é o responsável pelo parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, atividade essa que é vinculada, e não discricionária. Precedentes: REsp 432.531/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 25.4.2005; REsp 448.216/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 17.11.2003; REsp 131.697/SP, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 13.6.2005. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

⁷⁵ ANTUNES, Paula Regina. Aspectos jurídicos sobre

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Idem.

desmembradas para evitar que o empreendedor/loteador proceda em desacordo com o planejamento municipal de expansão e desenvolvimento da cidade. A Lei nº. 6.938/81, que disciplina a Política Nacional do Meio Ambiente, através do artigo 14 §1º⁷⁸ pela primeira vez, estabeleceu a possibilidade de ação civil pública ambiental, de cunho material.⁷⁹

O Inquérito Civil previsto no inciso III, do art. 129, da Constituição Federal e §1º, do art. 8º, da lei nº 7.347/85, é o instrumento apto à propositura da ação, onde o Promotor de Justiça, de posse da notícia, (arts. 6º e 7º da lei nº 7.347/85), realizará as procedências necessárias, com o objetivo de conseguir provas que servirão de base para a abertura do inquérito.⁸⁰

De acordo com a Lei 6.766/79, o Ministério Público deverá ser ouvido, no prazo de 05 (cinco) dias, após a aprovação do projeto de loteamento ou desmembramento, pela Prefeitura Municipal, caso ocorra impugnação por terceiro interessado, onde o juiz decidirá de plano ou após instrução sumária, devendo remeter ao interessado as vias ordinárias caso a matéria exija maior indagação⁸¹.

Em caso de pedido de cancelamento do registro de loteamento ou desmembramento, feito com a anuência da Prefeitura Municipal, enquanto nenhum lote tiver sido objeto de contrato, ou, em outro caso, quando houver pedido conjunto do loteador e de todos os adquirentes de lotes, com a anuência da Prefeitura Municipal e do Estado, novamente deverá haver a manifestação do Ministério Público, antes que o juiz homologue o pedido de cancelamento.⁸²

Ainda é possível a intervenção do Ministério Público, quando o promotor de justiça puder notificar o loteador para suprir a falta, providenciando a abertura de conta junto a Registro Imobiliário para que os adquirentes possam suspender os pagamentos ao loteador e ali depositarem as prestações. No entanto, tal medida só poderá ser adotada quando o parcelador for o titular do domínio do imóvel parcelado. Por isso, é importante que o Ministério Público dê publicidade à medida, objetivando

⁷⁸ Art 14 § 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. Todavia, foi com a Lei nº. 7.347/85, que a ação civil pública assumiu caráter processual.

⁷⁹ ANTUNES, Paula Regina. Aspectos jurídicos sobre...

⁸⁰ Idem.

⁸¹ Idem.

⁸² Idem.

que os adquirentes cessem os pagamentos ao parcelador. Nessa situação, o Ministério Público exercerá tipicamente a função de fiscal da Lei, em caso de inadimplência do parcelador na execução de obras de infraestrutura.⁸³

Cumpra mencionar que muitos inquéritos civis são instaurados para apurar a inexecução de obras de infraestrutura, caso em que esta notificação poderá suprir a necessidade de ação civil pública, ensejando a correção das irregularidades. Outro momento de atuação do Ministério Público se dá após a regularização do loteamento, quando ocorre a autorização judicial para fins de levantamento das prestações anteriormente depositadas. Para tanto, o Ministério Público pode obter certidões, informações, exames, perícias, na Prefeitura, no Estado, no Cartório do Registro de Imóveis, para constatar a legalidade e efetividade do registro, bem como identificar eventuais restrições ao parcelamento, e tomar as medidas oportunas. Portanto, sempre que necessário for, o Ministério Público tem o dever de, promover a impugnação ou o cancelamento do registro imobiliário.⁸⁴

A Lei Federal 6.766/79 disciplina a partir do seu artigo 50 os tipos penais no que se refere às ações em desacordo com os requisitos sobre o parcelamento do solo urbano. A atuação do Ministério Público é necessária para coibir os crimes decorrentes do parcelamento do solo realizado de forma irregular.

Cumpra mencionar ainda, sobre os Órgãos públicos que podem ser acionados pelo Ministério Público, diante da tomada de decisão para coibir irregularidades em obras de parcelamento do solo. A Prefeitura Municipal⁸⁵, deverá fiscalizar o parcelamento e, constatando ilegalidade, deverá aplicar as sanções cabíveis ao parcelador, dentre elas, advertência, multa, embargo e, até mesmo, demolição.⁸⁶

Outro órgão e apoio ao Ministério Público é o órgão ambiental, pois quando o empreendimento não possuir licenciamento ambiental ou estiver ocorrendo supressão de vegetação na gleba parcelada, ou, ainda, qualquer outra espécie de agressão ao meio ambiente, sendo necessária a elaboração de Relatório de Vistoria,

⁸³ Idem.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Nos termos do art. 38 da Lei 6.766/79:

Art. 38. Verificado que o loteamento ou desmembramento não se acha registrado ou regularmente executado ou notificado pela Prefeitura Municipal, ou pelo Distrito Federal quando for o caso, deverá o adquirente do lote suspender o pagamento das prestações restantes e notificar o loteador para suprir a falta.

⁸⁶ ANTUNES, Paula Regina. Aspectos jurídicos sobre...

apontando, detalhadamente os impactos ambientais concretamente produzidos e demais danos já consolidados na área.

Paralelamente, a Polícia Ambiental deverá ser acionada sempre que estiver ocorrendo à prática de infração penal ambiental, lavrando-se Termo Circunstanciado. A Polícia Civil também deverá realizar diligências para constatar se estão ocorrendo vendas ou atos de parcelamento material do imóvel em desacordo com a Lei 6.766/79.⁸⁷

Uma vez comunicado pelo Ministério Público sobre a existência de parcelamento ilegal do solo em determinado imóvel, o Oficial do Registro de Imóveis deverá consignar tal informação nas certidões a ele relativas, promovendo publicidade à investigação do *Parquet* e evitando que os consumidores sejam enganados.⁸⁸

4.2 O JUDICIÁRIO E O PARCELAMENTO DO SOLO

O Poder Judiciário atua quando provocado no combate dos loteamentos ilegais, tanto de forma repressiva quanto preventivamente. Muitas medidas preventivas demandam autorização ou ordem judicial, uma vez que implicam a solução de um litígio com prejuízo a uma das partes envolvidas.⁸⁹

No âmbito penal, caso constatada a realização de um loteamento ilegal, imperiosa a decretação de prisões preventivas, bem como sua manutenção, para que se preserve a ordem pública, agredida pela criação realizada através dos loteadores de forma desordenada.⁹⁰

Na esfera civil, o Judiciário tem atuado de forma preventiva na concessão de antecipação de tutela e deferimento de medidas liminares em ações civis públicas. O magistrado que atua na ação civil pública pode comunicar sua existência ao registro predial, para a devida averbação. Essa medida torna público o loteamento ilegal, de modo que pode ser oponente a qualquer pessoa os efeitos resultantes dessa prática: efeito *erga omnes*.⁹¹

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ MOREIRA, Jaqueline. A lei do parcelamento do solo...p.85.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ Ibidem.p.85/86.

O juiz pode proibir liminarmente a venda, a confecção de contrato de promessa de compra e venda, reserva de lotes, ou qualquer atuação do loteamento, antes do desfecho da ação.⁹²

O magistrado pode compelir o loteador a colocar em frente ao loteamento uma placa, identificando-o como clandestino para os compradores e para a população. Essa placa também deve constar se o loteamento está inserido em área de preservação ambiental.⁹³

O juiz, ainda, pode determinar a proibição de ocupação dos lotes pelos adquirentes, pois a propriedade não pode ser considerada somente em relação ao loteador que não obteve a licença para lotear, mas também em relação ao adquirente, que da mesma forma fica proibido de construir no local por apresentar algum risco ao meio ambiente natural ou urbano.⁹⁴

Outra medida cabível é o bloqueio dos bens do loteador. Como se sabe, o loteador clandestino responde solidariamente com seus próprios bens pelos danos causados ao meio ambiente urbano. Assim, perfeitamente possível a indisponibilidade de seus bens para garantir o pagamento de um eventual ressarcimento.⁹⁵

Por fim, destaca-se que o loteador também pode ser obrigado à execução de obras de infraestrutura emergenciais, sob pena de multa diária, por conta de possíveis prejuízos a serem causados aos compradores dos lotes.⁹⁶

Além da atuação preventiva, o Judiciário também intervém de forma repressiva, a fim de punir o loteador ilegal e para evitar que a conduta antijurídica volte a se repetir. Para tanto, determina, quando necessária, a demolição de loteamentos e de obras que, por não atenderem às exigências e limitações de Lei do Parcelamento do Solo, agredem o meio ambiente.⁹⁷

Todas essas medidas buscam prevenir a população e o meio ambiente ecologicamente equilibrado de um possível dano irreversível, tanto do ponto de vista urbano quanto natural, assim como visam à reparação dos danos já efetivados.⁹⁸

⁹² Ibidem.p.86.

⁹³ Idem.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ Ibidem.p.87.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Idem.

Dessa forma, o papel do Poder Judiciário, como última fronteira de solução dos litígios decorrentes dos desvios à Lei 6.766/79, também se mostra de grande relevância para a defesa dos interesses coletivos e para a manutenção de uma cidade sustentável.⁹⁹

Com o intuito de melhor compreensão da necessidade de proteção dos interesses coletivos torna-se necessário aprofundar a explanação desses direitos.

Dessa forma demonstrar-se-á também a necessidade da aplicação das medidas estruturantes nas demandas cujo objeto é o parcelamento irregular do solo. Tal explanação será realizada adiante.

⁹⁹ Idem.

5 AS MEDIDAS ESTRUTURANTES

5.1 ORIGEM DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES

Para que a burocracia não tomasse o espaço dos valores constitucionalmente assegurados, o instrumento da *injunction* entrou em cena como forma de, por meio do juiz, possibilitar a reconstrução das organizações burocratizadas, conforme defendido por Fiss.¹⁰⁰

A construção para que o Judiciário possa intervir dessa forma nestas instituições parece ser lógica, uma vez que, conforme relata Fiss, a Constituição já estabelece a estruturação do Estado, criando seus órgãos, funções e relações, sendo que os valores já instituídos no documento constitucional necessitam de um significado para a sua operacionalização. Para Owen Fiss, apesar de tudo estar estruturado na Constituição dos Estados Unidos, devendo apenas ser preenchidos os valores que a sustentam, as lacunas existentes devem ser preenchidas pelo Legislativo e pelo Executivo, bem como pelas instituições privadas. Fiss defende ainda que os juízes possam participar deste debate público, cujo objetivo é preencher as lacunas existentes. Dessa forma, todos têm voz no processo de preenchimento das lacunas deixadas pelos valores constitucionais nesse novo modelo de *adjudication*, que significa ser um processo no qual os juízes realmente concedem significado a determinados valores constitucionais.¹⁰¹

O *leading case* no qual utilizado as medidas estruturantes é *Brown v. Board of Education*, no qual ações deveriam ser implementadas para que a decisão judicial que admitisse uma negra em uma escola pública para brancos, sem a possibilidade de segregação, fosse não uma utopia, mas uma realidade. Owen Fiss ao relembrar o caso, relata sobre as mudanças realizadas para que fosse concretizada a decisão judicial no caso *Brown v. Board of Education*, sendo que, entre as determinações estavam: a exigência de novos procedimentos para a escolha dos docentes, novos critérios para construção das escolas e a modificação do sistema de transportes. Ou seja, haveria a Suprema Corte de tratar de modificar elementos culturais de uma

¹⁰⁰ JOBIM, Marco Felix. Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p.94/95.

¹⁰¹ Ibidem.p.95

sociedade burocratizada para que houvesse a almejada efetividade de sua decisão.¹⁰²

As transformações elencadas por Fiss faz pensar que o ativismo judicial utilizado de uma forma correta pode trazer benefícios extremos ao cumprimento das decisões emanadas das Cortes Superiores. Basta que os argumentos estejam vinculados diretamente com o caso colocado perante ela, e que os mandamentos oriundos da decisão estejam em conformidade com a Constituição de seu país, o que está de acordo a própria *supremacy clause* positivada em seu artigo sexto.¹⁰³

Owen Fiss admite existir dois grandes modelos de *adjudication* nos Estados Unidos: o primeiro, que denomina de *dispute resolution*, e o segundo, que alcança as medidas estruturantes por meio do *structural litigation*. O referido processualista elenca algumas diferenças entre ambos, destacando: i) o mundo da *dispute resolution* é composto quase sempre de indivíduos, não existindo espaço para entidades sociológicas ou minorias, o que existe em abundância no *structural suit*; ii) a *dispute resolution* abarca todos os valores, enquanto na *structural litigation* os valores públicos são os mais visados; iii) no *dispute resolution* a ideia é de que a *adjudication* serve para a restauração do *status quo* daquele caso, enquanto no *structural suit* há uma negação de que este *status* possa ser justo; e, iv) o modelo de *dispute resolution* isola o Judiciário dos demais poderes, enquanto no *structural litigation* o Poder Judiciário integra uma parte do governo.¹⁰⁴

John Hart Ely aponta para o equívoco de se pensar o debate constitucional pela ótica de, ou dar ênfase à Constituição e os seus autores, realizando um regresso ao pensamento daqueles que a idealizaram, ou apontar para uma autoridade dos tribunais que controlem a legislação que não se adapta à Constituição, reavaliando e corrigindo a mesma. Pensa o autor que uma terceira opção deve ser ressaltada, qual seja, de que os tribunais sejam instrumentos de realização da Constituição, por ser mais lei que as outras, devendo estar de acordo com aquela, embora o próprio John Hart Ely tenha sofrido várias críticas, inclusive de Owen Fiss. A tese procedimentalista defendida pelo referido autor traz valiosos argumentos para uma abordagem funcional da jurisdição, com posturas de autocontenção e de ativismo judicial.¹⁰⁵

¹⁰² Ibidem.p. 96

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ Ibidem.p.96/97

¹⁰⁵ Ibidem. p.97/98

5.2 AS MEDIDAS ESTRUTURANTES NO BRASIL

Para esse item usar-se-á como fonte o artigo clássico do Professor Sérgio Cruz Arenhart de 2016. O referido processualista foi um dos primeiros a trabalhar o tema no Brasil. O artigo em questão pode ser considerado um marco temporal para o desenvolvimento do instituto das medidas estruturantes no Brasil.

Como se viu anteriormente, o direito brasileiro tem condições de utilizar as medidas estruturais, como técnica para a mais adequada tutela de interesses, tanto em relação ao Poder Público como em certos casos de interesses regulados pelo direito privado.¹⁰⁶

Mais do que apenas a potencialidade para o emprego da medida, é fácil constatar exemplos claros de medidas claramente associadas aos provimentos estruturais no direito brasileiro. Ainda que timidamente, aparecem já, aqui e ali, alguns exemplos de decisões estruturais. Esse surgimento, aliás, era de ser esperado, na medida em que esses provimentos são uma necessidade de qualquer sistema que pretenda lidar com casos complexos, especialmente ligados ao Poder Público e a políticas públicas. De fato, os provimentos estruturais não são apenas uma categoria abstrata, sem maiores repercussões no campo prático. São uma necessidade para qualquer sistema processual em que se admita a intervenção em políticas públicas ou grandes inserções em relações privadas.¹⁰⁷

No campo privado, aliás, há norma expressa que admite a criação de decisões micro institucionais. Especificamente para a tutela do direito à concorrência, a Lei nº 12.529/11 (mas, mesmo antes dela, a Lei n. 8.884/94) contém diversos instrumentos que, judicial ou extrajudicialmente, autorizam o emprego de medidas que interferem em atos de dominação econômica e permitem a criação de mecanismos de acompanhamento do cumprimento dessas decisões. Assim, por exemplo, o art. 38, VII, dessa lei (e, de modo idêntico, o faz o art. 61, § 2º, VI), prevê como sanção à prática de atos que violam a ordem econômica a adoção de “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”.

¹⁰⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no Direito...

¹⁰⁷ Idem.

O art. 52, da lei em questão, a seu turno, estabelece que “o cumprimento das decisões do Tribunal administrativo e de compromissos e acordos firmados nos termos desta Lei poderá, a critério do Tribunal, ser fiscalizado pela Superintendência-Geral, com o respectivo encaminhamento dos autos, após a decisão final do Tribunal”. Enfim, prevê a lei, em diversos dispositivos (arts. 96, 102 a 111), a possibilidade de intervenção judicial em empresa, que poderá ter seu papel limitado ao acompanhamento do cumprimento da decisão jurisdicional, ou ter função mais ampla, chegando até ao extremo de legitimar o interventor a assumir a administração da empresa (art. 107, § 2º, da lei).¹⁰⁸

Embora no direito público não se encontre disciplina tão ampla de figuras que possam ser assimiladas às decisões estruturais, é fácil perceber que é neste campo, ou mais amplamente, no âmbito de causas de *interesse público*, que se encontra a maior parte das medidas com essa natureza. Isso se deve, como é evidente, ao fato de que é aqui que soluções que não se compadecem com o sistema binário – procedência/improcedência – são necessárias.¹⁰⁹

Aliás, é essa necessidade que fez surgir, mesmo à revelia de normas autorizativas expressas, vários exemplos de decisões estruturais no direito brasileiro. É interessante, de fato, perceber que, em relação a esses interesses públicos, a ausência de previsão legal que autorize essas medidas – e mesmo a incidência das regras processuais comuns, que em princípio limitariam o emprego dessa técnica – não tem sido obstáculo para a outorga desse tipo de proteção.¹¹⁰

A área da saúde pública, nesse passo, tem sido fecunda na outorga de medidas estruturais.¹¹¹ Um primeiro exemplo que pode ser assimilado, de certa forma, a um provimento estrutural nesse campo são as decisões que, ao outorgarem certo medicamento a um doente necessitado, fixam, fora das quadras do pedido do autor, condições e limites para o fornecimento desse produto. Não obstante essas decisões representem clara situação de sentença condicional – vedada pelo art. 460, parágrafo único, do CPC – e extrapolem obviamente o pedido da parte autora, é evidente que a necessidade dessa comprovação ulterior da necessidade do medicamento é não apenas razoável, mas até mesmo desejável.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ Idem.

Seria, de fato, absurdo supor que a parte que hoje precisa de um medicamento possa recebê-lo indefinidamente, mesmo depois de se tornar desnecessário. Também seria absurdo supor que competiria à parte ré a demonstração da desnecessidade do fármaco, para que se pudesse fazer cessar o fornecimento. Por isso, embora extrapolando os limites do pedido, e ainda que a situação enseje uma sentença evidentemente condicional, ninguém poderia reprovar essa forma de tutela.¹¹²

Ainda no âmbito da saúde pública, é interessante a decisão tomada pelo Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte, em relação ao Hospital Estadual de Referência e Atenção à Mulher de Mossoró. Diante de suspeitas de irregularidade em contrato de gestão elaborado com determinada empresa, o magistrado responsável pelo feito entendeu por decretar a intervenção judicial no hospital, pelo prazo de noventa dias. Ao interventor foi atribuída a incumbência de administrar os serviços de saúde do hospital, devendo apresentar em juízo relatórios mensais sobre as atividades realizadas, incluindo dados sobre a situação financeira, contábil, patrimonial e qualquer outra informação tida por relevante.¹¹³

Por outra parte, a intervenção decretada não deveria, segundo a decisão judicial, prejudicar o funcionamento do hospital. Por isso, a decisão liminar também impôs ao governo estadual do Rio Grande do Norte que continuasse “exercendo plenamente suas funções no que se reporta a tudo que vinha praticando antes da medida, notadamente quanto ao processamento administrativo objetivando a liberação de recursos financeiros para os pagamentos das dívidas empenhadas em relação ao mencionado Hospital, além de colaborar permanentemente com os trabalhos do administrador nomeado, encaminhando a este Juízo da Fazenda Pública as informações e suscitações dos questionamentos que venham surgir sobre o assunto”.¹¹⁴

Posteriormente, essa decisão foi modificada, restituindo-se a administração do hospital ao Estado do Rio Grande do Norte, porque verificada a impossibilidade de execução do contrato de gestão impugnado. Dessa decisão, todavia, foi interposto agravo de instrumento, de onde resultou decisão que prorrogou o prazo da intervenção judicial (por mais 45 dias), obrigando-se ainda o Estado do Rio Grande

¹¹² Idem.

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ Idem.

do Norte a convocar candidatos aprovados em concurso público – para darem funcionamento ao hospital na sequência do término do prazo – e se impondo ainda que fosse apresentado no mesmo prazo de 45 dias, também pelo Estado, cronograma de retomada de gestão do Hospital Parteira Maria Correia (Hospital da Mulher), no curso específico da prorrogação da intervenção.¹¹⁵

Por fim, verificada a impossibilidade de prosseguimento da gestão terceirizada daquele hospital, entendeu o magistrado de 1º grau, responsável pelo caso, por extinguir o processo, sem apreciação do mérito, restabelecendo a prerrogativa do Estado de gerir o serviço em questão.¹¹⁶

Enfim, a amplitude das medidas determinadas e a variação do conteúdo da decisão ao longo do tempo – em razão da modificação das condições da causa – demonstram claramente que outro tipo de provimento não seria adequado ao caso, razão pela qual a técnica estrutural seria a única viável na situação.¹¹⁷

Também o campo do direito ambiental se tem revelado fértil na prática de decisões estruturais.¹¹⁸

Muitas decisões em ações coletivas ambientais têm imposto a obrigação de sujeitar qualquer modificação na área afetada à prévia manifestação do órgão ambiental competente, ou ainda a de condicionar a prática de certos atos com repercussão ambiental à prévia autorização do órgão de fiscalização ambiental.¹¹⁹

É natural que as várias facetas existentes nos litígios ambientais e a necessidade de proteção simultânea de diversos interesses façam com que aqui as decisões estruturais sejam ainda mais necessárias.¹²⁰

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ Idem.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ Idem.

6 OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

6.1 A TUTELA COLETIVA DE INTERESSES INDIVIDUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito brasileiro autoriza a proteção coletiva de direitos individuais. Todavia, é necessário a ocorrência de três requisitos para a admissão da proteção coletiva dos direitos individuais.¹²¹

O primeiro requisito diz respeito à facilitação de acesso ao Judiciário de questões que, de outra forma, não poderiam ser judicializadas. Em especial para causas serias de pequena expressão econômica, não há dúvidas de que se tratadas de forma singular, elas jamais seriam levadas a conhecimento judicial. Os custos do processo e a demora natural para a prolação de uma decisão, quando contrastados com a menor expressão de alguns interesses, tornam inviável que essas questões sejam examinadas pelo Judiciário. Apesar disso, parece razoável acreditar que, se no plano individual essas lesões se mostram insignificantes, se somadas podem atingir valores bastante elevados.¹²²

Assim, embora o indivíduo não se sinta estimulado a levar a questão para a análise do Judiciário por causa do pequeno ganho que terá para si, o tema considerado em sentido macroscópico, merece a atenção judicial, sob pena de um grande locupletamento indevido em favor do violador e contra toda a coletividade. Ademais, não fosse a tutela coletiva, esses interesses não teriam condições de serem levados ao conhecimento do Judiciário. Por uma barreira prática, a tutela individual desses interesses é inviável, o que, não fosse a via coletiva, implicaria clara violação à garantia do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88).¹²³

Outro requisito para a aplicação da tutela coletiva de direitos individuais é o tratamento uniforme de situações que podem se enquadrar na mesma hipótese normativa. Aqui a função principal desempenhada por essa tutela é a uniformização do entendimento judicial sobre certo litígio e, conseqüentemente, a preservação da isonomia.¹²⁴

¹²¹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Curso de processo civil coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.p.75.

¹²² Idem.

¹²³ Idem.

¹²⁴ Ibidem.p.76

Ao tratar casos iguais da mesma forma, o Judiciário gera certeza jurídica a respeito da solução a ser dada a certo tipo de situação conflituosa, favorecendo a planificação do comportamento da sociedade. Ademais, essa uniformização desestimula o litigante temerário, o qual confia no erro judiciário, ou dissolve os custos de sua violação na difusão das pretensões individuais apresentadas em juízo, a pautar sua conduta pelo baixo índice de procura da tutela jurisdicional do Estado.¹²⁵

Obviamente, para atingir essa finalidade, o requisito para a reunião de causas deve ser muito mais preciso do que aquele que induz a tutela coletiva em razão do requisito visto anteriormente. Se, antes, o que interessava era a inviabilidade de certas pretensões (idênticas ou não) pela via individual, aqui tem-se como motivo o problema de certa identidade entre as causas, o que autoriza a outorga da mesma prestação jurisdicional para todas elas. Assim, será necessário encontrar elementos que identifiquem e particularizem certos conflitos de tal forma que uma única solução padronizada sirva para atender a todos os litígios individuais com o mesmo grau de adequação.¹²⁶

O último requisito para a aplicação da tutela coletiva de interesses individuais homogêneos é a busca por racionalizar a distribuição da prestação jurisdicional. Com esse requisito evita-se: i) a necessidade de manifestações judiciais idênticas em casos dispersos; ii) o gasto de recursos judiciais para tratar de questões já resolvidas; iii) o desperdício do tempo da prestação de serviços públicos; iv) o excesso de demandas a serem examinadas pelo Judiciário.¹²⁷

Todavia, apesar dos requisitos vistos para a aplicação da tutela coletiva nos interesses individuais homogêneos, ainda é importante definir quais os interesses individuais podem ser tutelados coletivamente.

6.2 OS DIREITOS INDIVIDUAIS TUTELÁVEIS COLETIVAMENTE

A definição normativa para a tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos pode ser encontrada a partir da análise do artigo 81, parágrafo único, III, do CDC. Segundo o código consumerista, devem ser considerados como direitos individuais homogêneos aqueles que decorram de origem comum.¹²⁸

¹²⁵ *Ibidem*.p.77.

¹²⁶ *Idem*.

¹²⁷ *Ibidem*.p.78.

¹²⁸ *Idem*.

Entretanto, a expressão é muito imprecisa e não permite uma conclusão segura. Considerada a origem comum em seu sentido mais abstrato, poder-se-ia chegar à conclusão de que a origem comum significa uma mesma origem normativa. Dessa forma, praticamente qualquer interesse poderia ser reunido para a tutela conjunta, porque será sempre possível encontrar uma origem comum a todos os interesses.¹²⁹

Em uma análise mais extrema, seria possível concluir que a origem comum do direito significa dizer que os direitos devem ser idênticos. Se considerar essa interpretação como a mais adequada da definição trazida pelo código consumerista, teria-se uma situação impossível, uma vez que não existem duas situações que sejam absolutamente idênticas e, portanto, que gerem duas incidências normativas exatamente iguais.¹³⁰

Entre esses dois extremos, muitas soluções intermediárias podem ser encontradas. Por exemplo, há quem entenda que essa origem comum não exige identidade temporal ou factual, bastando a existência de um elo entre as várias pretensões. Nessa linha, tanto podem ingressar nessa noção de homogeneidade as hipóteses de pretensões indenizatórias referentes às várias vítimas de um acidente aéreo (que gerariam caso de origem comum próxima das pretensões), como aquela em que um produto potencialmente nocivo pode gerar danos à saúde de seus consumidores (o que poderia ser enquadrado como uma origem comum remota, se a origem próxima pudesse variar, por exemplo, em razão das condições pessoais do consumidor ou do uso inadequado do produto).¹³¹

Há, portanto, autores que pretendem estabelecer a essência dos direitos individuais tuteláveis na via coletiva por algum critério de ordem material - como se esses direitos fossem alguma figura nova, distinta dos direitos subjetivos clássicos. Outros, acertadamente, veem a natureza dessas situações no âmbito do processo. Embora pareça que a razão esteja com essa última corrente, vale ainda que de forma simples, examinar os argumentos da outra opinião.¹³²

Essa corrente concebe a categoria dos interesses individuais homogêneos como uma particular expressão do direito material. Seja por considerá-los como

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ Idem.

¹³¹ Ibidem.p.79.

¹³² Idem.

formas peculiares de direitos difusos ou coletivos ou por entender que esses interesses exigem para sua configuração, alguma espécie de relevância especial, esses autores veem a origem dessa categoria no plano do direito substancial.¹³³

Como representante dessa corrente, cita-se Alcides Munhoz da Cunha, para quem os direitos individuais homogêneos seriam expressão distinta dos direitos difusos e coletivos. Para o autor paranaense os direitos individuais homogêneos seriam como um reflexo dos direitos coletivos e difusos. Os interesses individuais homogêneos não se situam propriamente como um *tertium genus* de interesses metaindividuais, apesar dos interesses difusos e coletivos parecem se situar como uma peculiar modalidade de interesses difusos ou coletivos.

Ainda segundo o referido autor, os interesses individuais homogêneos, em que pese o nome dado, devem ser conceituados como interesses metaindividuais porque pressupõe interesses justapostos que visam a obtenção de um mesmo bem de uma mesma utilidade indivisível. Somente no momento da liquidação é que tais interesses seriam divididos, mas até esse ponto - enquanto se busca a condenação genérica- pretende ser um bem indivisível para uma multiplicidade de vítimas com interesses convergentes na obtenção desta condenação. Fundamentalmente, portanto, os interesses individuais homogêneos poderiam ser vistos como direitos à indenização decorrente da violação de direitos metaindividuais.¹³⁴

6.3 A TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos pode ser justificada pelos benefícios que traz para as partes, bem como pelos benefícios proporcionados ao Judiciário. É necessário que haja uma utilidade evidenciada através dos benefícios para que os direitos individuais sejam enfeixados em um processo coletivo.¹³⁵

É necessário haver uma valoração sobre os custos, as dificuldades e as vantagens do tratamento coletivo das causas individuais. Assim, sempre que os aspectos positivos preponderarem sobre os negativos, justifica-se a coletivização da tutela. Ao contrário, sempre que esses benefícios forem eclipsados pelas desvantagens deve-se preferir a tutela individual dos direitos. Se o provimento

¹³³ Idem.

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.p.160.

jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa dos direitos individuais homogêneos, não é tão eficaz quanto aquele que deveria, a aglutinação das ações individuais em uma ação coletiva não se demonstra útil a tutela dos referidos interesses, bem como não se caracteriza como a via adequada à sua proteção.¹³⁶

Logicamente essa análise deve ser relacional, tendo em vista sobretudo os outros elementos examinados anteriormente. Afinal, quando presente os demais requisitos e de maneira evidente e robusta, ainda que possa parecer mais complexo o processo coletivo, justifica-se o maior trabalho na causa coletiva porque somados os casos individuais, estes implicariam em clara desvantagem. Em outras palavras, não se pode fazer uma avaliação linear entre a complexidade da causa coletiva e a complexidade da causa individual, já que esta sempre será mais simples de ser resolvida. A questão deve ser examinada do ponto de vista macroscópico, ou seja, as possibilidades de ganhos da ação em relação a dificuldade da tramitação de todas as demandas individuais.

Ademais, deve-se também levar em conta as vantagens da tutela coletiva ou da tutela individual para as partes. Haverá casos em que interessará mais o controle direto das partes sobre os seus direitos - porque as questões individuais apresentam tal nível de particularidade ou de complexidade que não podem ser reduzidos a um denominador comum, por exemplo. Em outras situações, o interesse instrutório específico de cada uma das partes será de tal relevância que tornará desaconselhável a proteção coletiva.¹³⁷

Em outros casos, ao contrário, a questão probatória tenderá para a tutela coletiva, já que, por exemplo, a prova é comum aos sujeitos e o tratamento coletivo dispensaria o regime complexo da prova emprestada. Ou ainda não será difícil antever a vantagem da tutela coletiva sobre a individual para as causas em que os ganhos da demanda individual pudessem ser totalmente absorvidos pelos custos do processo. Nesse caso, o tratamento coletivo diminui o custo individual do processo, diluindo-o entre os interessados, e viabilizando a demanda.¹³⁸

Em outros termos, há várias circunstâncias que devem ser tomadas em consideração para avaliação dessa vantagem ou desvantagem. Em realidade, somente a ponderação do caso concreto poderá determinar a presença dessa

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ Ibidem.p.161.

utilidade. Em substância, os casos empregados pelo direito, buscam sintetizar algumas dessas situações, trazendo hipóteses em que manifestamente há essa vantagem da proteção coletiva.¹³⁹

Essas hipóteses são, em síntese: a) risco de que as demandas em separado contra o mesmo réu possam levar a decisões diferentes para os membros do grupo, estabelecendo padrões de conduta diversos para o requerido, ou de que essas decisões separadas possam prejudicar interesses de terceiros, dispondo sobre esses e tornando inviável a sua tutela pelo respectivo titular; b) a constatação da conduta do requerido que recusa atuar de forma Idêntica em relação a todos os membros do grupo; c) a prevalência das questões de fato de direito comuns (sobre questões individuais), com a superioridade da tutela coletiva como técnica de resolução dessas questões.¹⁴⁰

Em todos esses casos nota-se a preocupação em preservar a seriedade da atuação jurisdicional, impondo decisões idênticas para casos idênticos ou em proteger essas atividades contra o acúmulo de demandas, ou em impedir que uma decisão (tomada em um caso isolado) possa inviabilizar outras ações de outros possíveis titulares de direitos. É certo que, em todos esses casos, há manifesta utilidade, para a jurisdição e para as partes no tratamento coletivo dos vários litígios individuais. Todavia além desses casos, outros tantos poderão ser encontrados em que esse benefício da tutela coletiva estará presente.¹⁴¹

6.4 O PROCESSO COLETIVO E AS CONSEQUÊNCIAS DA DECISÃO

É importante destacar as consequências da decisão no processo coletivo que ao julgar uma demanda desse calão, o magistrado atua com efeitos mais complexos do que indicado pelo rascunho clássico da lide bilateral. Com o deslocamento do processo individual para o processo coletivo, há sem dúvidas sobre a ampliação do rol de sujeitos a que a demanda é diretamente pertinente. Tal fato ocorre porque são colocados em pauta os interesses de todos os envolvidos, principalmente das partes que tiveram o seu direito lesionado.¹⁴²

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Curso de processo civil...p.116

Essa constatação cria a premissa de que, ao julgar uma demanda coletiva, o julgador fatalmente irá impactar de maneira acentuada o espaço social. Ousa-se indicar que esse realinhamento da atuação jurisdicional desafia a formação liberal do nosso processo e do nosso raciocínio jurídico. É preciso estar disposto a aceitar essa nova leitura do processo.¹⁴³

No processo coletivo o juiz deve considerar que a aplicação neutra da lei a um processo em que não há mais A e B como partes, mas múltiplos atores processuais é um equívoco. É preciso que o juiz ao atuar no processo coletivo seja provido de novos olhares para evitar resultados indesejáveis.

Nesse caso usa-se como exemplo uma demanda na qual se questione a obrigatoriedade de a União fornecer medicamentos de elevadíssimo custo para todos os cidadãos com determinada patologia. Seria inacreditável que o juiz rejeitasse tal demanda, mas concedesse a tutela quando apenas um cidadão exercesse a mesma pretensão.

Para Arenhart e Osna:

(...) seria possível que a decisão fosse substancialmente modificada ao se colocar em foco a totalidade de pretensões “homogêneas” ou a pretensão de um único sujeito- passando, ao menos, por um novo teste de viabilidade e de adequação. É que a coletivização a todos os sujeitos que ocupam a mesma poltrona diante do ordenamento normativo receba um tratamento também isonômico (sendo essa, inclusive, uma de suas vantagens centrais). Esse cenário faz com que a tutela deva ser readequada, verificando-se as possibilidades e alternativas para que seja equanimente ofertada todo grupo.¹⁴⁴

Ainda segundo os referidos processualistas:

De outra banda, também é crível, que mesmo quando a demanda coletiva seja capaz de satisfazer plenamente o grupo, ela possa gerar penalidades negativas indesejadas - por vezes danosas à própria classe representada. Em tais casos a execução coletiva (por mais que harmônica às balizas legais) pode gerar situações de quebra do réu ou inviabilizar a continuidade saudável de suas atividades, o que, em determinadas situações, teria o

¹⁴³ Ibidem.p.117.

¹⁴⁴ Ibidem.p. 118/119.

condão de prejudicar toda a comunidade e ferir duplamente o grupo lesado. Nessas situações, ainda que a tutela dos interesses individuais seja devida, a coletivização pode recomendar modulações e conformações em sua efetivação (adequando-a às possibilidades e necessidades concretamente verificadas).¹⁴⁵

Assim, conclui-se que em uma demanda coletiva, é recomendável que os efeitos da decisão sejam conscientemente observados, acentuando, a importância de que a deliberação se valha também de um aporte consequencialista. Apenas assim se pode garantir que a proteção seja uma medida de atuação positiva e efetiva do Judiciário, adequando-se aos escopos globais do Estado e da jurisdição.¹⁴⁶

6.5 PROCESSO COLETIVO E AS DECISÕES ESTRUTURAIS

Considerando os aspectos do processo coletivo, especificamente quando se trata de interesses individuais homogêneos, é imprescindível fundamentar a sua aplicação. Ou seja, se há necessidade de que o Judiciário atue em casos complexos e com elevado impacto social na ordem do dia, é imprescindível construir mecanismos capazes de absorver essa demanda de uma forma mais adequada. Dessa forma, e em suas técnicas, alterando assim a sua composição.¹⁴⁷

Surge assim, questões que devem ser consideradas, tais como: a) cabe ou não à jurisdição recompor as instituições? b) os mecanismos pensados para a intervenção puramente individual seriam suficientes nessa situação? c) esse tipo de ferramenta bastaria para aprimorar a eficácia jurisdicional em conflitos complexos- em que de ambos os lados, colocar-se-iam interesses plurais e valores relevantes no âmbito social?¹⁴⁸

Para responder a essas questões usa-se o exemplo dado por Arenhart e Osna, no qual o Ministério Público ajuíza uma ação pleiteando a demissão dos médicos de um hospital de determinado município em razão do regime de trabalho irregular. Se o juiz atuar com base no processo tradicional e assim acolher a pretensão do *Parquet* e determinar a demissão de todos os médicos haverá um

¹⁴⁵ Ibidem.p.119

¹⁴⁶ Idem.

¹⁴⁷ Ibidem.p.120

¹⁴⁸ Ibidem.p. 121

prejuízo para a população da Municipalidade. Tal fato ocorre porque há nessa localidade somente esse hospital para atender grande parte da população.¹⁴⁹

Nessa situação, o magistrado deverá utilizar as decisões estruturais para que as irregularidades apresentadas sejam sanadas. Isso ocorre porque o juiz deverá determinar a regularização do regime de trabalho dos médicos do hospital, determinar que haja a contratação de médicos temporários, bem como se necessário seja determinada a publicação de um edital para a contratação de novos médicos de forma regular e legal.¹⁵⁰

Explicando com maior vagar o problema, é possível destacar que muitas decisões sobre questões coletivas exigem soluções que vão além de decisões simples a respeito de relações lineares entre as partes. Esses tipos de decisões exigem respostas complexas com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente. Considerando que nesse tipo de hipótese entram em jogo valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de terceiros pode ser afetada pela decisão judicial.

Com efeito, seria necessário redesenhar a capacidade de atuação do processo em um sentido mais atento às necessidades reais, bem como lembrar-se que a noção de congruência impôs historicamente uma postura jurisdicional mais limitada. Dessa forma, seria preciso redimensioná-la formando um campo em que os provimentos estruturais poderiam desempenhar um importante papel, nesses casos surgiriam algumas características elementares para entender a mudança proposta. Primeiramente ao contrário do que costuma ocorrer na resolução de disputas, a intervenção jurisdicional passaria a ser necessariamente continuada, o provimento não se encerraria de pronto, exigindo constantemente fiscalização e ajustes.¹⁵¹

Em outras palavras, a execução da sentença poderia assumir uma composição institucional sendo periodicamente monitorada e revista conforme as situações do caso. Desta forma, esse tipo de situação também faria com que a atuação do Judiciário passasse por uma maior abertura dialógica, possuindo propensão a obtenção de consenso. A questão aqui dá-se pela própria complexidade da tutela esperada, tratando-se de aspectos com impacto social elevado

¹⁴⁹ Idem

¹⁵⁰ Idem

¹⁵¹ Ibidem. p. 122.

relacionando-se com diferentes valores coletivos, assim seria razoável que os próprios envolvidos contribuíssem para a formação do provimento e para o seu contínuo aprimoramento. Mais do que uma imposição unilateral, o processo se tornaria palco de negociações e debates prospectivos procurando uma regulação razoável.¹⁵²

¹⁵² Idem.

7 DECISÕES ESTRUTURAIS E A REGULARIZAÇÃO DOS LOTEAMENTOS CLANDESTINOS: A CONSTRUÇÃO DO PROCESSO SOB O ESCOPO DA EFETIVAÇÃO DA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Considerando que princípio da dignidade da pessoa humana atua como vetor central da Constituição Federal de 1988, nas decisões prolatadas pelo Judiciário em casos que envolvam situações de loteamento clandestino, deve não apenas considerar o disposto no processo civil tradicional, mas também o disposto nos outros ramos do direito, dentre eles destacam-se o direito urbanístico e ambiental.

Nos loteamentos clandestinos há vários princípios e direitos fundamentais em colisão, tais como a dignidade da pessoa humana, o direito à moradia e a tutela do meio ambiente.

Caso o Ministério Público ajuíze uma demanda visando apenas à proteção do meio ambiente em um caso de loteamento clandestino, o magistrado não deve ater sua decisão considerando somente isso.

Na situação apresentada, o Judiciário deve considerar também, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito fundamental à moradia. No processo civil tradicional, em situações como essa, se o magistrado em face do desrespeito ao meio ambiente, determinar que a área degradada ambientalmente fosse desocupada e reconstituída, não haveria a preocupação com o direito à moradia dos indivíduos, que de boa-fé, compraram imóveis localizados em uma área de preservação ambiental.

Considerando a colisão dos princípios, o Judiciário deve ter como ponto de partida para a construção da decisão em questão os seguintes pontos: a) o princípio da dignidade da pessoa humana em todos os seus desdobramentos; b) o princípio socioambiental, aqui fundamentado no direito de todos a um meio ambiente saudável e protegido; c) o direito fundamental à moradia dos indivíduos que compraram os imóveis localizados em área ambientalmente protegida.

Observando esses pontos, o Judiciário terá que aplicar as decisões estruturais no caso. Tal fato ocorre porque a tutela dos direitos exige a técnica processual adequada à sua proteção.

Ou seja, não basta que o magistrado apenas determine que o loteamento clandestino seja regularizado conforme o disposto pelo ordenamento jurídico, é necessário ainda que a decisão determine quem irá atuar nessa regularização, e

como a referida regularização ocorrerá. Diante disso, torna-se necessário que os demais poderes da república atuem em conjunto com o Judiciário.

Nesse caso, o Executivo deve viabilizar a aplicação da decisão atuando no sentido de desenvolver a infraestrutura exigida pela Lei de Parcelamento do Solo. Deve ainda atuar no sentido de que os órgãos responsáveis pela fiscalização e proteção ambiental informem e apresentem soluções para que o meio ambiente seja respeitado e protegido conforme determinada pela Constituição Federal de 1988.

O Legislativo no caso em questão deve atuar no sentido de que, caso necessário, o Plano Diretor seja atualizado.

Um outro caso de aplicação das decisões estruturais ocorre quando o comprador do imóvel localizado em um loteamento clandestino aciona o Judiciário requerendo através de uma ação de usucapião o título da propriedade. Nesse tipo de situação, muitas vezes o loteamento clandestino está localizado em uma área que até pouco tempo atrás era considerada rural. Na situação em questão, os herdeiros da propriedade rural desmembraram o imóvel e em conjunto com uma loteadora, realizaram vários loteamentos e venderam os imóveis sem realizar as mudanças no Registro do Imóvel conforme exigido pela lei. Quando terminou de pagar o imóvel, o comprador foi informado de que para obter o título de proprietário teria que ajuizar uma demanda de usucapião para que o Judiciário determinasse a lavratura do Registro de Imóvel no órgão responsável.

Na situação em comento, o magistrado não deve apenas proferir a decisão almejada pelo comprador. O magistrado deve: a) solicitar informações aos órgão responsáveis pela fiscalização; b) determinar que a Municipalidade apresente as informações pertinentes sobre a criação do loteamento; c) determinar que seja averiguada a existência de outras ações possessórias referentes a imóveis localizados também no loteamento em questão; d) caso haja mais ações possessórias sobre o loteamento clandestino, deve determinar que todas sejam enviadas para o mesmo juízo com o intuito de evitar que haja decisões contraditórias sobre questões de direito semelhantes.

Neste caso, o Ministério Público deve atuar requerendo a tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos, tanto dos proprietários que já acionaram o Judiciário, bem como dos que ainda não procuraram a tutela jurisdicional dos seus direitos.

A tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos permite que o loteamento clandestino seja regularizado levando em consideração os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção ambiental e, principalmente, a proteção do direito fundamental a moradia.

O *Parquet* pode requerer ao juízo a condenação dos proprietários da área rural, dos loteadores e da Municipalidade. Tal fato ocorre porque todos sabiam das exigências e restrições legais para a implantação de um loteamento na área em questão.

A tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos é importante porque nem todos os compradores dos imóveis resultantes do parcelamento ilegal possuem meios financeiros para arcar com os custos exigidos para a regularização do loteamento. Muitas vezes, mesmo quando os compradores possuem meios para arcar com a regularização do loteamento clandestino, essa regularização não é possível, considerando a necessária anuência dos órgãos ambientais e administrativos, bem como a alteração da legislação local (nesse caso do Plano Diretor) para que logrem êxito.

Considerando as situações abordadas, torna-se perceptível a aplicação das medidas estruturantes nos casos de regularização de loteamentos clandestinos. Tal fato ocorre porque somente através das referidas medidas é possível respeitar os preceitos constitucionais em colisão na situação em questão.

8 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo demonstrar que nos casos que envolvem os loteamentos clandestinos, o Judiciário não pode se valer do processo civil tradicional para proporcionar a tutela judicial adequada aos direitos envolvidos.

Nos casos envolvendo os loteamentos clandestinos não basta apenas uma decisão de procedência ou improcedência da ação. É necessário que o Judiciário atue de forma a proporcionar a tutela adequada aos direitos dos compradores e da sociedade. Ou seja, o Judiciário não deve proferir a decisão com base apenas nos direitos de poucos indivíduos, mas considerar a sociedade como um todo ao analisar o caso concreto.

De um lado, é possível constatar a preocupação do Judiciário com os preceitos constitucionais que tutelam o meio ambiente, e entender a precaução do constituinte que chegou ao ponto de determinar os responsáveis pela defesa do meio ambiente, dentre eles o Ministério Público e o Estado.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 tem como cerne fundante o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como traz expressamente em seu corpo os direitos fundamentais, dentre os quais se destaca o direito à moradia.

Dessa forma, a aplicação do disposto no processo civil tradicional não permite que o Judiciário proporcione uma tutela adequada aos direitos envolvidos. O Judiciário não pode escolher qual dos preceitos constitucionais é mais importante em detrimento dos outros. Ou seja, o direito fundamental a moradia não pode ser considerada mais importante que o direito a um meio ambiente saudável e sustentável.

Na decisão resultante das demandas relacionadas aos loteamentos clandestinos, os anseios da sociedade precisam ser considerados.

Assim, somente com a aplicação das decisões estruturais é possível que o Judiciário, em similitude de execução com os demais poderes, proporcione a tutela jurisdicional adequada aos direitos envolvidos.

Considerando os preceitos constitucionais, bem como o desenvolvimento do ordenamento jurídico como um todo, pode-se dizer que a aplicação das medidas estruturantes nas sentenças que envolvem os loteamentos clandestinos é algo viável e necessário para que o direito cumpra o seu papel social almejado pelo Constituinte de 1988.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paula Regina. **Aspectos jurídicos sobre o parcelamento do solo urbano e o papel do Ministério Público**. Revista Direito e Inovação. v. 2. n. 2. p. 170-184. Jul. 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro**. RePro, n. 225, nov. 2013.

_____. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

_____; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FREITAS, José Carlos de. **Loteamentos clandestinos: uma proposta de prevenção e repressão**. Revista Magister de direito imobiliário, registral, urbanístico e ambiental. v. 1, n. 1, p. 52–69, ago./set., 2005. Porto Alegre: Magister, 2005.

GUIMARÃES, Nathália Arruda. **O direito urbanístico e a disciplina da propriedade**. Revista Magister de Direito Imobiliário, Registral, Urbanístico e Ambiental, Porto Alegre: Magister, 2005 - Bimestral.

GOMES, Shana Dora. **A (I)Legalidade da ocupação do solo urbano: a responsabilidade e soluções para a problemática ambiental dos loteamentos clandestinos**. Trabalho de conclusão de curso no Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental Departamento de Economia Rural e Extensão, Setor de Ciências Agrárias da Universidade Federal do Paraná. 2017.

JOBIM, Marco Felix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LEONELLI, Gisela Cunha Viana. **A construção da lei federal de parcelamento do solo urbano 6.766: debates e propostas do início do sec. XX a 1979.** Tese apresentada no Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Área de Concentração em Teoria e História da Arquitetura e do Urbanismo da Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir.** 11ªed. (atualizado por Adilson Abreu Dallari, Daniela Libório Di Sarno, Luiz Guilherme da Costa Wagner Jr. e Mariana Novis). São Paulo: MALHEIROS, 2013.

MOREIRA, Jaqueline. **A lei do parcelamento do solo urbano como mecanismo de proteção ao meio ambiente.** Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. 2013.

SANTIN, Janaína Rigo; MARANGON, Elizete Gonçalves. **O Estatuto da Cidade e os instrumentos de política urbana para proteção do patrimônio histórico: outorga onerosa e transferência do direito de construir.**

SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira** . 5ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005. p.19.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 9.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.